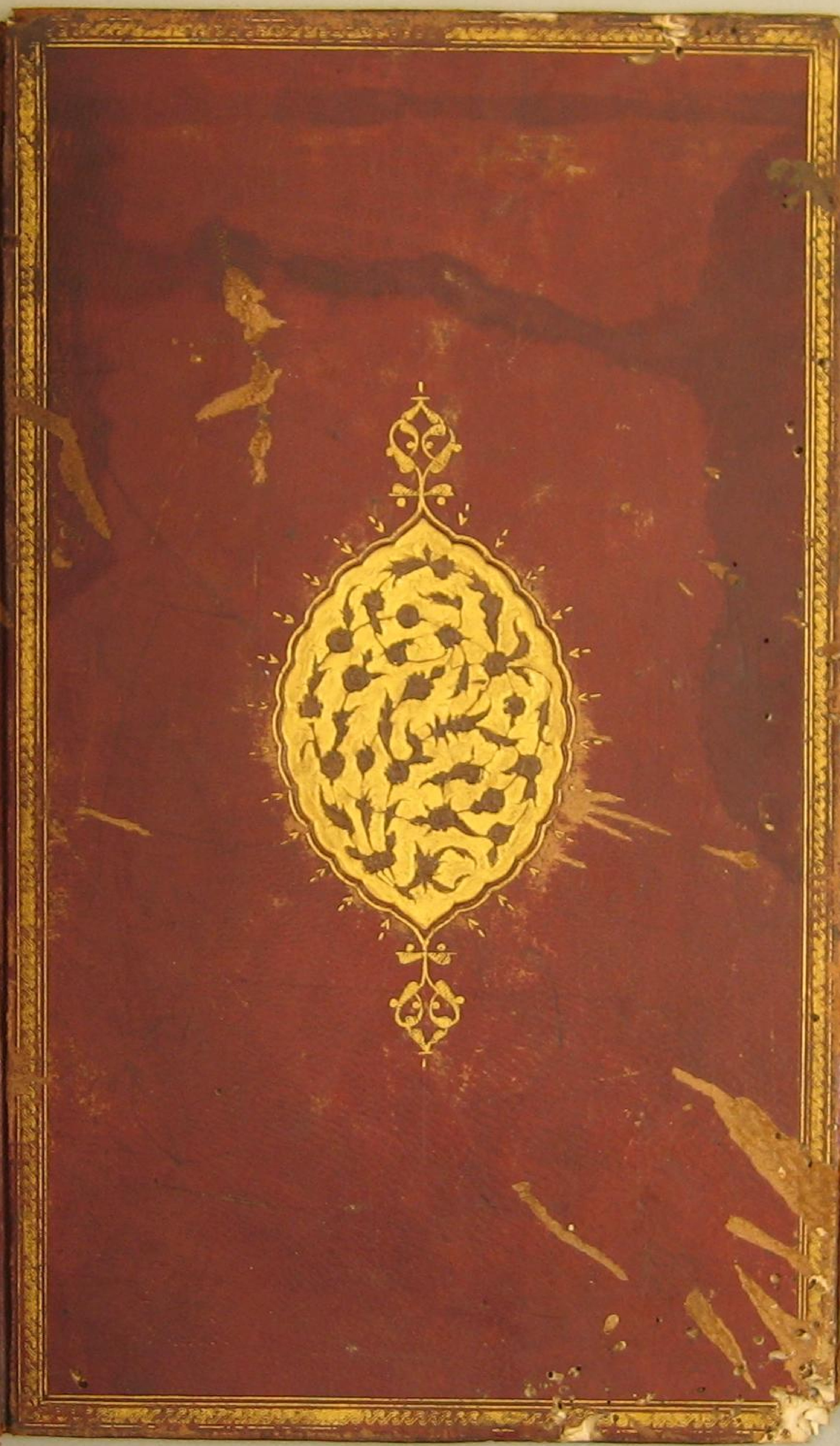








قد انتقل عن مخلفات المرحوم محمد افندي الشهير بعلق زاده
الى الفقير يحيى القاضي بمولوية ادنا

فهرست كتاب زيلعى

باب الشهادة في القتل

الجزء الثاني من الرملي

1





بسم الله الرحمن الرحيم ● وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

وهو من الاضداد يقال باع كذا اذا اخرجه عن ملكه او ادخله فيه وفي الخبر
قال صلى الله عليه وسلم لا يخطب الرجل على خطبة اخيه ولا يبيع على بيع اخيه
اي لا يشتري على شرا اخيه لان المنهي عنه هو الشرا لا البيع قال الفرزدق ●
ان الشباب لرابح من باعه ● والشيب ليس لبايعه تجار ●
ويقع في الغالب على اخراج المبيع عن الملك **قال** هو مبادلة المال بالمال
بالتراضي وهذا في الشرع وفي اللغة هو مطلق المبادلة من غير تقييد بالترا[ضي]
وكونه منعقدا به ثبت شرعا لقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ولا[نه]
جائز ثبت جوازه بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فلما تلونا وقوله
تعالى واحل الله البيع وحرم الربوا واما السنة فما روي انه صلى الله عليه وسلم
باع قدحا وحلسا وكان الناس يتبايعون فاقرهم عليه واما الاجماع فان الامة اجمعت
على جوازه وانه احد اسباب الملك **قال** ويلزم بايجاب وقبول وقال الشافعي
رحمه الله لا يلزم بل لهما خيار المجلس لقوله صلى الله عليه وسلم المتبايعان بالخيار
ما لم يتفرقا اذ هما متبايعان بعد البيع وقبله متساومان ولنا ان العقد تم
من الجانبين ودخل المبيع في ملك المشتري والفسخ بعده لا يكون الا بالتراضي
لما فيه من الاضرار بالاخر وابطال حقه كسائر العقود وما رواه محمول على خيار
القبول فانه اذا اوجب احدهما فلكل منهما الخيار ما داما في المجلس ولم ياخذا
في عمل اخر وفي لفظه اشارة اليه فانهما متبايعان حال البيع حقيقة وما بعده
او قبله مجاز كسائر اسما الفاعل مثل المتحادثين والمتضاربين فيكون التفرق
على هذا بالاقوال كما في قوله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته لانه اذا
طلقها ما لم يحصل الفرقة بقبولها هذا تاويل محمد وقال ابو يوسف هو التفرق
بالابدان بعد الايجاب قبل القبول وقال عيسى هذا اولى لانا عهدنا في الشرع
ان الفرقة موجبة للفساد كما في الصرف قبل القبض وما ذكره يوجب التمام ولا
نظير له في الشرع فكان ما ذكرنا اولى لكونه مرادا وما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما

انه

انه كان يبيع ويفارقه خطوات خشية الرد تاويل منه وتاويل الصحابي
عندنا لا يكون حجة او يجوز ان يكون فعل ذلك ليقطع الاحتمال حتى لا يحتج عليه
الاخر بذلك فيقطع الاحتمال بيقين احتياطا لئلا يحمله مخالفه عليه لان
مذهبه كذلك بدليل انه قال ما ادركت الصفقة حيا فهو من مال المبتاع
اي اذا هلك بعدها وقال عليه السلام من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى
يقبضه من غير قيد به واما قوله اذ هما متبايعان بعد البيع فقد ذكرنا الحقيقة
فيه حالة البيع ولانه يحتمل انه عليه السلام سماهما متبايعين لقربهما من البيع
كما سمى العصير خمرا واسمعيل عليه السلام ذبيحا وانما كان له خيار القبول
لانه لو لم يكن له الخيار للزم البيع من غير اختيار الاخر ولدخل في ملكه وليس ذلك
في وسع الموجب وللموجب ان يرجع في هذه الحالة لانه ليس فيه ابطال حق الغير
بخلاف ما اذا قضى الاصيل الدين الكفيل قبل ان يقضي الكفيل او دفع الزكاة
الى الساعي قبل الحول حيث لا يكون لهما ان يرجعا فيه لان حق الكفيل والفقير
تعلق به على تقدير ان يقضي الدين وان يتم الحول والنصاب نام فلا يملك ابطاله
وينعقد بكل لفظين ينبئ عن التحقيق كبعت واشتريت او رضيت او اعطيتك او خذ
بكذا والارسال والكتاب كالخطاب حتى يعتبر مجلس ادائهما وليس له ان يقبل
بعض المبيع دون البعض وان فصل الثمن الا اذا كرر البايع لفظة بعت مع ذكر
الثمن لكل واحد عند ابي حنيفة وعندهما له ذلك ان فصل الثمن بان قال بعتك
هذين كل واحد بكذا او بعتك هذه العشرة كل واحد منها بكذا بنا على ان
البيع يتعدد بتكرار لفظة بعت عنده وعندهما بتفصيل الثمن وكذا ليس له ان
يفرق في القبض عند اتحاد العقد بان يقبض البعض او ابرائه او تاجيله **قال**
وبالتعاطي اي يلزم بالتعاطي ايضا ولا فرق بين ان يكون المبيع خسيسا او نفيسا
وزعم الكرخي انه ينعقد به في شي خسيس تجري به العادة ولا ينعقد في النفيس
لعدمها والصحيح الاول لان جواز البيع باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ وقد
وجد التراضي من الجانبين فوجب ان يجوز ثم اختلفوا فيما يتم به بيع التعاطي قيل
يتم بالدفع من الجانبين واشار محمد انه يكتفى بتسليم المبيع **قال** واي قام
عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب معناه اذا اوجب احدهما البيع ثم قام احدهما
الموجب او الاخر قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع
فيبطل به كسائر عقود المبادلة بخلاف الخلع والعتق على مال حيث لا يبطل بقيام
الزوج والمولى لانه يمين من جهتهما والقبول شرط والايجاب لا يبطل بالقيام
وعند الشافعي خيار القبول لا يمتد الى اخر المجلس بل هو على الفور ولنا انه يحتاج
الى التروي والفكر والتامل فجعل ساعات المجلس كساعة واحدة اذ هو جامع





للمتفرقات وبه يندفع الحرج وفيما قاله الشافعي رحمه الله حرج بين وهو منتف
بالنص قال الله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر وقال عليه
السلام يسروا ولا تعسروا **قال** ولا بد من معرفة قدر ووصف ثمن غير
مشار لان جهالتهما تفضي الى النزاع المانع من التسليم والتسلم فيخلو العقد
عن الفائدة وكل جهالة تفضي اليه يكون مفسدا قال لا مشار اي لا يحتاج
الى معرفة القدر والوصف في المشار اليه من الثمن والمبيع لان الاشارة ابلغ
اسباب التعريف وجهالة وصفه وقدره بعد ذلك لا تفضي الى المنازعة
فلا يمنع الجواز لان العوضين حاضران بخلاف الربوي اذا بيع بجنسه حيث لا
يجوز جزافا لاحتمال الربا وبخلاف راس مال السلم حيث لا يجوز اذا كان من المقدرات
الا ان يكون معروف القدر عند ابي حنيفة على ما يجيء بيانه في موضعه
قال وصح بثمن حال وبا جل معلوم معناه اذا بيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر
لقوله تعالى واحل الله البيع من غير فصل وعنه عليه السلام اشترى من يهودي
الى اجل ورهنه درعه ولا بد من ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه تفضي
الى المنازعة **قال** ومطلقه على النقد الغالب اي مطلق الثمن يقع على
غالب نقد البلد ومراده من الاطلاق هنا ان يكون مطلقا عن قيد البلد
وعن قيد وصف الثمن بعد ان سمى قدره بان قال عشرة دراهم مثلا فاذا كان
كذلك ينصرف الى المتعامل به في البلد لان المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص لا سيما
اذا كان فيه تصحيح تصرفه **قال** واذا اختلف النقود فسد ان لم يبين وهذا
اذا كان الكل في الرواج سوا وفي المالية مختلفة لان مثل هذه الجهالة مفضية
الى المنازعة فيفسد الا ان يرفع بالبيان فان كانت في الرواج مختلفة
ينصرف الى الغالب نقد البلد على ما بينا وان كانت في المالية سوا جاز البيع
كيف ما كان غير انه ان كان احدهما اروج انصرف اليه لما ذكرنا وان كانت
في المالية سوا جاز البيع كيف ما كان غير انه ان كان احدهما اروج انصرف اليه
لما ذكرنا وان كانت في الرواج سوا كالاحادي والثنائي والثلاثي جاز لان ما يسمى
كل واحد سوا غير ان الاول كل واحد منه درهم والثاني على اثنين منه درهم والثالث
كل ثلاثة منه درهم ونظيره الكاملي والعادلي والظاهري والمنصوري
والناصري اليوم بمصر فاذا اشترى بدراهم معلومة واعطى من ايهما شا جاز لانه
لا منازعة فيها ولا اختلاف في المالية **قال** ويباع الطعام كيلا وجزافا بكل
واحد منهما يصير معلوما اما الكاملة فظاهر واما الجزاف فلما بينا في المشار
اليه ومراده بالجزاف اذا باعه بخلاف جنسه ولم يكن راس مال السلم على ما
بينه في المشار اليه وبجنسه لا يجوز الا اذا كان قليلا وهو ما دون نصف الصاع

قال وبانا او حجر بعينه لا يعرف قدره لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة
وهي المانعة لا مجرد الجهالة فصار كالمجازفة وكبيع شيء يعرف وصفه بلا اشارة
ولا يتوهم هلاكه قبل التسليم لان تسليمه يجب في المجلس بخلاف السلم لان
التسليم فيه متاخر الى حلول الاجل فيحتمل هلاكه والاحتمال فيه ملحق بالحقيقة
وهذا اذا كان الانا لا ينكبس بالتكبيس ولا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة
والخزف واما اذا كان ينكبس كالزنبيل والقفة فلا يجوز الا في قرب الما
استحسانا بالتعامل فيه روي ذلك عن ابي يوسف رحمه الله وكذا اذا كان الحجر
يتفتت وكذا اذا باعه بوزن شيء يخف اذا جف كالخيار والبطيخ وعن ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله لا يجوز بوزن حجر ولا باناء لا يعرف مقداره لان هذا جزاف
وشرط جواز الجزاف ان يكون مشارا اليه ولو كال له به ورضي المشتري
به جاز لانه صار مميزا مشارا اليه وان باعه بعد ذلك قبل ان يعيد
الكيل جاز لانه اشتراه مجازفة فكان المستحق هو المشار اليه **قال** ومن
باع صبرة كل صاع بدرهم صح في صاع وهذا عند ابي حنيفة وقالا جاز في الكل
لان المبيع معلوم بالاشارة لان المشار اليه لا يحتاج الى معرفة مقداره لجواز
البيع وجهالة الثمن بايديهما رفعها فيجوز كما لو باع عبدا من عبدين على ان
ياخذ ايهما شا بخلاف ما اذا اجر داره كل شهر بدرهم حيث لا يجوز الا في شهر واحد
لان الشهور لا نهاية لها فلا يمكن ازالة الجهالة فيصرف الى الاقل كما اذا
قال لفلان علي دراهم يلزمه ثلاثة دراهم بخلاف ما اذا قال كل امراة اتزوجها
طالق حيث ينصرف الى الكل لعدم افضايه الى المنازعة ولابي حنيفة ان الثمن
مجهول وذلك مفسد غير ان الاقل معلوم فيصح فيه للتيقن به وما عداه مجهول
فيفسد كما اذا باع الثوب برقمه بخلاف ما استشهدا به لان المانع للجهالة
هنا وهو ادخل مما هو عن العقد وفي تلك مقارن لان اختياره موجود حالة
التبايع ثم اذا جاز في قفيز واحد هل يثبت له الخيار لتفرق الصفقة
عليه ولو كاله في المجلس جاز بالاجماع لزوال المانع قبل تقرر الفساد وكذا
اذا سمى جملة القفزان وله الخيار فيهما لانه علم في ذلك الوقت فصار كالو ظهر
له بلا نجاب وكما اذا اشترى ما لم يره فراه وان افترقا ان يعرف فسد فلا
ينقلب صحيحا بعد المجلس كما اذا اشترط الخيار اربعة ايام حيث يعود صحيحا
بازالة المفسد بعد الافتراق لان المفسد فيه لم يتمكن في صلب العقد بل
باعتبار اليوم الرابع فيعود صحيحا قبل مجيئه وهنا تمكن فيه فيتقيد بالمجلس
قال ولو باع ثلة اي جماعة ومراده من الغنم او ثوبا كل شاة بدرهم او كل
ذراع بدرهم فسد في الكل عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز في الكل لما

ذكرنا ان دفع هذه الجهالة بايديهما لما لها نهاية وله ما ذكرنا ان الجهالة
الا ان الواحد متيقن به فينصرف اليه غير ان افراد الشياه متفاوتة فلا يجوز
بيع واحد منها فيفسد وقطع ذراع من ثوب يكون ضررا على الباقي فلا يجوز
كما لو باع جذعا من سقف وعلى كل عددي متفاوت **قال** ولو سمى الكل صح
في الكل يعني لو سمى جملته في العقد جاز في الكل في الفصلين في فصل الصبرة
وفي فصل الشياه ونحوه لزوال المانع وكذا لو عرف في المجلس لما ذكرنا
ومبنيا على قوله وعلى قولهما انتهاء الجواز ... **قال** ولو نقص
كيل اخذ بحصته او فسخ وان زاد فللبائع يعني لو باع صبرة وسمى جملتها بان
قال بعتكها على انها مائة قفيز بمائة درهم ثم وجدها ناقصة اخذ الموجود
بحصته ان شاء لانها من المقدرات فيتعلق العقد بقدرها وان لم يسم قسط
كل قفيز فاذا تعلق بقدرها فان وجدها ناقصة فله الخيار ان شاء اخذها
بحصتها وان شاء تركها لتفرق الصفقة عليه وان وجدها زائدة فالزائد
للبائع لانه لم يدخل في البيع الا القدر المسمى فبقي على ملكه لان القدر ليس
بوصف **قال** ولو نقص ذراع اخذ بكل الثمن او ترك وان زاد فللمشتري ولا
خيار للبائع معناه اذا باع مذروعا وسمى جملة الذرعان ولم يسم لكل ذراع
ثمنا ثم وجده ناقصا اخذه بكل الثمن وان شاء ترك الى اخر ما ذكر لان الذراع
وصف للمذروع فلا ينقسم الثمن على الاوصاف فيكون كل الثمن مقابلا بالعين
كلها بخلاف ما قبل غير انه اذا وجده ناقصا يثبت له الخيار لفوات وصف مرغوب
فيه مشروط في العقد واذا وجده زائدا فهو له بدون الثمن لان الوصف لا يقابله
شيء من الثمن ولا خيار للبائع كما اذا اشترط معيبا فوجده سليما وبالعكس وهو
ما اذا اشترط سليما فوجده معيبا فللمشتري الخيار والدليل على انه وصف انه
عبارة عن الطول والعرض ويجوز للمشتري ان يبيعه بعد القبض قبل ان يذرعه
ولو كان قدرا لما جاز لاحتمال ان يزيد فيكون للبائع كما في المكيل والموزون
قال ولو قال كل ذراع بكذا ونقص اخذ بحصته او ترك وان زاد اخذ كله
كل ذراع بكذا او فسخ معناه انه اذا قال بعتكه على انه عشرة اذرع كل ذراع
بدرهم مثلا فوجده ناقصا فهو بالخيار ان شاء اخذه بحصته وان شاء تركه وان
وجده زائدا اخذه كله كل ذراع بدرهم او فسخ لان الذراع وان كان وصفا
يصلح ان يكون اصلا لانه عين ينتفع به بانفراده فاذا سمى لكل ذراع ثمنا جعل
اصلا والا فهو وصف فاذا صار اصلا فان وجده ناقصا اخذه بحصته وثبت
له الخيار لتفرق الصفقة عليه وان وجده زائدا فهو بالخيار ايضا ان شاء
اخذه كله كل ذراع بدرهم وان شاء تركه لانه ان حصل له الزيادة في البيع لزمه

الزيادة

الزيادة في الثمن وكان فيه نفع يشوبه ضرر فيخير وليس له ان ياخذ القدر المسمى
ويترك الزائد لان التبعيض يضره بخلاف الصبرة الا ترى انه لا يجوز ان يبيع
بعض المذروع ابتداء وفي الصبرة يجوز ولما كان الذراع يصلح ان يكون اصلا
اعتبر اصلا في حق انقسام الثمن على الذرعان وبقي وصفا في حق غيره من الاحكام
كدخول الفاضل في البيع وان سمى لكل ذراع ثمنا **قال** وفسد بيع عشرة
اذرع من دار لا اسهم اي لا يفسد بيع عشرة اسهم من دار وهذا مشكل فانه لو باع
عشرة اسهم من دار وغيرهما ولم يقل من مائة سهم ونحوه يفسد لانه مجهول لا يعرف
نسبته الى جميع الدار بخلاف ما اذا قال عشرة اسهم من مائة سهم او من ثلاثين
مثلا حيث يجوز لانه معلوم عشرا وثلثا ولعل الشيخ رحمه الله قصد هذا ولكن
اجحافه في الاختصار ادى اليه وقوله وفسد بيع عشرة اذرع من دار هو قول
ابي حنيفة واختلف المشايخ على قولهما فمنهم من قال لا يجوز عندهما للجهالة
بمنزلة ما لو اشترى سهما منها او عشرة اسهم منها ولم يقل من كذا سهم ومنهم
من قال يجوز لان هذه الجهالة يمكن دفعها بالذرع فيعرف فلا تفضي الى المنازعة
بخلاف ما لو اشترى سهما منها او عشرة اسهم اذ لا يمكن رفع الجهالة فيه ولو
باع عشرة اذرع من مائة ذراع فسد عنده وعندهما يجوز اذا كانت الدار مائة
ذراع لانه عشرها فاشبه عشرة اسهم من مائة سهم وله ان الذراع اسم لما
يذرع بها واستعير لما يحله الذراع وهو معين لا مشاع لا يعلم محله من الجوانب
فهو على التعيين فلا يجوز كما لو باع احد العبدين بخلاف ما اذا باع عشرة
اسهم من مائة سهم لانه شائع فلا يفضي الى المنازعة وذكر الخصاف ان الفساد
عنده اذا لم يعلم جملة الذرعان واما اذا علم جملتها فيجوز عنده فجعلها نظير
بيع شياه من القطيع كل شاة بدينار فانه ان علم عددها جملة يجوز عنده والا فلا
والصحيح انه لا يجوز عنده مطلقا لما ذكرنا **قال** رحمه الله وان اشترى
عدلا على انه عشرة اثواب فنقص او زاد فسد يعني اذا اشتراه بعشرة دنانير
مثلا ولم يبين ثمن كل ثوب ثم اذا وجده ناقصا او زائدا فسد البيع لجهالة
المبيع في الزيادة لانه يحتاج ان يرد الثوب الزائد فيتنازعان في المردود
ولجهالة الثمن في فصل النقصان لانه يحتاج ان يسقط حصته من المعدوم
وهو مجهول فيؤدي الى النزاع **قال** ولو بين ثمن كل ثوب ونقص صح بقدره
وخير وان زاد فسد لانه اذا كان زائدا يبقى الجهالة في المردود فيؤدي الى
المنازعة وفي فصل النقصان ثمن كل واحد من الثياب معلوم فالموجود
يصح فيه البيع ويبطل في المعدوم وعن ابي حنيفة انه يفسد في فصل النقصان
ايضا لانه جمع بين معدوم وموجود في صفقة واحدة نصا فقبول العقد

في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود فكان فاسدا كالجمع بين حر وعبد وبين ثمن
كل واحد منهما فاذا احدهما مروي فان العقد عنده فاسد في الصورتين
فكذا هذا بتفصيل الثمن عندهما وعنده يتعدد بلفظه البيع والصحيح انه يجوز
في فصل النقصان لانه لم يجعل قبول العقد في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود
بل قصد بيع الموجود الا انه غلط في العدد بخلاف المستشهد به فانه قصد الايجاب
فيهما فجعل قبول العقد في كل واحد منهما شرطا لقبوله في الاخر وهو شرط فاسد
تحققه ان الشيئين الموصوفين لوصف اذا دخلا في عقد واحد كان قبول كل منهما
شرطا لصحة العقد في الاخر بذلك الوصف اذ ليس للمشتري ان يقبل العقد
في احدهما دون الاخر فاذا انعدم ذلك الوصف في احدهما كان ذلك شرطا فاسدا
في الاخر فبالنظر الى وجود ذلك الشيء كان شرطا وبالنظر الى انعدام ذلك الوصف
كان فاسدا واما اذا كان احدهما معدوما بذاته ووصفه لم يكن داخلا في العقد
حتى يكون قبوله شرطا لصحة العقد في الاخر لانه معدوم فلا يتصور فيه القبول
بل هو غلط محض **قال** ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم
اخذه بعشرة في عشرة ونصف بلا خيار وتسعة ونصف بالخيار معناه اذا اشترى
ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة
ونصف ياخذ في الوجه الاول بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذ بتسعة
ايضا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ياخذ في الاول باحد عشر
وفي الثاني ياخذ بعشرة ويخير في الوجهين وقال محمد رحمه الله ياخذ في الاول
بعشرة ونصف وفي الوجه الثاني بعشرة الا نصفا ويخير فيهما لانه لما سمى لكل ذراع
ثمنا على حدة التحق بالعدد ومن ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة النصف
بالنصف كالمكيل وانما يخير لانه في الوجه الاول ازداد عليه الثمن زيادة
نصف ذراع وفي الوجه الثاني انتقص الثوب عما شرط فيخير كيلا يتضرر ولابي
يوسف انه لما قابل كل ذراع بدرهم صار كل ذراع ثوبا على حدة بيع على انه ذراع
بدرهم فاذا وجدناه ناقصا لا يسقط شيء من الثمن لما ذكرنا انه وصف وتغير الاوصاف
لا يوجب سقوط شيء من الثمن ثم يخير فيهما لانه ازداد الثمن عليه فيما اذا وجده
زائدا او انتقص المبيع في الاخر فلم يتم رضاه به ولابي حنيفة رحمه الله ان الذراع
فيه وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع وبكونه
مقابلا بالدرهم فعند عدمهما عاد الحكم الى الاصل ثم لا يخير في فصل الزيادة
لانه يخالف الى خير وفي النقصان يخير لفوات الوصف المرغوب فيه قيل هذا
الاختلاف في ثياب تضرها القطع او تتفاوت جوانبه كالعمايم والقمصان والاقبية
واما الثياب التي لا تتفاوت جوانبها كالبطائن ونحوها ولا يسلم له الزيادة

لانه اذا كان بهذه الصفة فهو بمنزلة الكيل والموزون وعلى هذا يجوز بيع ذراع
منه كبيع قفيز من صبرة اذ لا تضره التبعيض **فصل** قال ويدخل
البناء والمفاتيح في بيع دار والشجر في بيع الارض بلا ذكر لان اسم الدار للعرصة
في الاصل وفي العرف تتناول البناء تبعا لكونه متصلا بها اتصال قرار وكذا
الشجر متصل بالارض للقرار فيدخل في بيعها تبعا لها واختلفوا في شجر غير مثمر
وفي شجر صغير قيل لا يدخلان لان غير المثمرة يقطع للحطب والخشب كبني عليها
والصغيرة تنقل من مكانها فصار كالزرع وقيل يدخلان فيه لان نهايتهما ليس
لها حد معلوم بخلاف الزرع والمراد بالمفاتيح اذا كان غلقها متصلا بالدار مركبا
فيها مثل الكيلون والضبة لانها تدخل في البيع حينئذ تبعا لها فيدخل المفاتيح
تبعا للاغلاق اذ لا ينتفع بكل واحد منهما بدون الاخر وان لم يكن الغلق مركبا
فيها كالقفل لا يدخل الغلق لعدم الاتصال ولا المفتاح لانه في القياس
لا يدخل اصلا الا انا استحسنا ذلك فيما اذا دخل الغلق تبعا له فاذا لم
يدخل بقي على اصل القياس ثم الاصل في جنس هذه المسائل ان الذي اذا كان
متصلا بالبيع اتصال قرار دخل في البيع تبعا وان لا فلا الا اذا جرى العرف
بالدخول فيه كالمفتاح والسلم المتصل بالبناء يدخل ولو كان من خشب وغير المتصل
لا يدخل والسرير كالسلم هكذا ذكره قاضيخان وهذا في عرفهم وفي عرف اهل مصر
ينبغي ان يدخل السلم وان كان منفصلا والظلة لا تدخل في بيع الدار عند
ابي حنيفة وعندهما تدخل اذا كان مفتحها من الداخل وثياب الغلام والجارية
تدخل في البيع بغير شرط للعرف الا ان يكون ثيابا من تحته اللبس للعرض فلا
تدخل الا بالشرط لعدم العرف اذ العرف في ثياب البذلة والمهنة ثم البايع
بالخيار ان شاء اعطى الذي عليه وان شاء اعطى غيره لان الداخل بحكم العرف كسوة
مثلها لا بعينها ولهذا لم يكن لها حصة من الثمن حتى لو استحق ثوب منها لا يرجع
على البايع بشيء وكذا اذا وجد بها عيبا ليس له ان يردها ولو وجد بالجارية
عيبا كان له ان يردها بدون تلك الثياب وخطام البعير والحبل المشدود
في عنق الحمار والعذار والبرذعة والاكاف يدخل للعرف بخلاف سرج الدابة
ولجامها والحبل المشدود على قرن البقر والجل حيث لا يدخل الا بالشرط لعدم
العرف الا ان يكون العرف بخلافه وتفصيل الناقة وفلو الرمكة وجحش الاتان
والعجول والجمل ان ذهب به مع الام الى موضع البيع دخل فيه للعرف والا فلا
قال ولا الزرع في بيع الارض بلا تسمية ولا الثمر في بيع الشجر الا بالشرط
لانهما متصلان بهما للفصل فصارا كالمتاع الموضوع فيهما وقال عليه السلام
من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبايع الا ان يشترطها المبتاع رواه ابو داود

وغيره وما يلزمه عليه الحمل حيث يدخل في البيع تبعا وان كان للفصل لانه
جزء الجارية فيكون تبعا لها ولانه لا تعذر على فصله الا استثناء فلا
يصير منفصلا في ثاني الحال مع وجود الجزئية في الحال قال ويقال
للبائع اقطعها وسلم المبيع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان
عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع موضوع وقال الشافعي يترك حتى
يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد وفي
العادة ان لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع
والحجة عليه ما بينا وفي الاجارة التسليم واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم
العوض كتسليم العوض وانما لا يقطع فيها لان الاجارة للانتفاع وذلك
بالترك دون القلع بخلاف الشراء لانه لملك الرقبة فلا يراعى فيه امكان الانتفاع
الا ترى انه لو اشترى ارضا لا يكون له الطريق الا بالشرط وفي الاجارة يدخل
من غير شرط لما ذكرنا ولا فرق بين ما اذا كان للثمر او الزرع قيمة او لم يكن لهما
قيمة في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعها منفردا يجوز في الحالين في
الاصح فكذا لا يدخلان في بيع الارض والشجر تبعا واما اذا انبت في الارض ولم
تنبت حتى باع الارض فلا يدخل لانه مودع فيها فصار كالمتاع الموضوع
ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منها ولو قال بعتكها
بكل قليل وكثير هو له فيها او منها من حقوقها او من مرافقها لا يدخل لما قلنا
وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا فيه لا يتناول الذي له فيها او منها
للاتصال في الحال بخلاف الثمر المجذوذ والزرع المحصود حيث لا يدخل الا
بالتنصيص عليه للانفصال في الحالة وورق التوت والاس والزعفران
والورد بمنزلة الثمار في كل ما ذكرنا من الاحكام واشجارها بمنزلة النخل وعكس
الثمار في كل ما ذكرنا من الاحكام واشجارها بمنزلة النخل وعكس الثمار في حكم
الشرب والطريق فكل موضع يدخل فيه الثمار والزرع لا يدخل فيه الطريق والشرب
وكل موضع لا يدخلان فيه يدخل فيه الشرب والطريق لان الشرب والطريق ليسا
منها ولا فيها لكنهما من حقوقها تبعا كذا قال ومن باع ثمرة لم يبد
صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم منتفع به في الحال او في المآل وقيل لا
يجوز قبل ان يصير منتفعا به والاول اصح وعلى هذا الخلاف بيع الزرع
قبل ان يناله المشافر والمناجل والاصح الجواز لانه منتفع به في المآل فصار
كالطفل والجحش قال ويقطعها المشتري في الحال تفريغا لملك البائع
هذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع قال وان شرط تركها على النخل
فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او يقول انه

صفقة

صفقة في صفقة لانه اجارة في بيع ان كان للمنفعة حصة من الثمن او اعارة
في بيع ان لم يكن لها حصة من الثمن وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
صفقة في صفقة وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما بينا وكذا اذا تناهى عظمها
عندهما لانه شرط لا يقتضيه العقد وقال محمد رحمه الله لا يفسد استحسانه
للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمه لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو ما يزداد
بمعنى في الارض والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل
وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد
والطعم من الكواكب بتقدير الله تعالى ما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء لان هذا
تغير احوال فاذا الشمس تنضجه وتأخذ اللون من القمر والطعم من الكواكب بتقدير
الله تعالى وان اشتراها مطلقا ثم استأجر النخيل الى وقت الادراك فتركها
طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا
بمجرده بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث
لا يطيب له الفضل وهو ما زاد على الثمر وعلى ما غرم من اجر المثل لان الاجارة
فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض
فسد البيع لعجزه عن التسليم ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول
قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص
ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة في ملكه ثم يبيع الاصول بعد قضاء حاجته
من البائع ان شاء بيع وقيل المخلص فيه ان يشتري الثمار الموجودة والمعدومة
فانه جائز عند بعضهم اذا كان الموجود اكثر فحاصله ان هذه المسئلة بشاصود
احدها اذا خرج الثمار كله فانه يجوز بيعه بالاتفاق وحكمه ما مضى وثانيها ان لا
يخرج شيء منه فانه لا يجوز بيعه اتفاقا وثالثها ان يخرج بعضها دون بعض فانه
لا يجوز في ظاهر المذهب وقيل يجوز اذا كان الخارج اكثر ويجعل المعدوم تبعا
للموجود استحسانا لتعامل الناس وللضرورة وكان شمس الائمة الحلواني وابو
بكر محمد بن الفضل البخاري يفتيان به وقال شمس الائمة السرخسي والاصح انه
لا يجوز لان المصير الى مثل هذه الطريقة عند تحقق الضرورة ولا ضرورة
هنا لانه يمكنه ان يبيع الاصول على ما بينا او يشتري الموجود ببعض الثمن
ويؤخر العقد في الباقي الى وقت وجوده او يشتري الموجود بجميع الثمن ويبيح
له الانتفاع بما يحدث منه فيحصل مقصودهما بهذا الطريق فلا ضرورة الى تجويز
العقد في المعدوم مصادما للنص وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع
ما ليس عند الانسان ورخص في السلم قال ولو استثنى منها ارطالا
معلومة صح كبيع بر في سنبله وباقلى في قشره اي لو استثنى من الثمار المبيعة

المجذوذة وغير المجذوذة جاز البيع كما يجوز بيع البر في سنبله والباقلا في قشره
أما الأول فلأن المبيع صار معلوما بالإشارة والمستثنى معلوم بالعبارة فوجب
القول بجوازه وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز لأن الباقي بعد الاستثناء
مجهول وربما لا يبقى بعده شيء فيخلو عن الفائدة ويكون رجوعا عن العقد قبل
القبول فيبطل رجوعه على ما بينا بخلاف ما إذا استثنى نخلا معينا لأن الباقي
معلوم بالمشاهدة قلنا هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لأن المبيع معلوم
بالإشارة وجهالة قدره لا تمنع جواز البيع في المشار إليه على ما بينا من قبل
ألا ترى أن بيعه مجازفة جائز وإن كان مجهول القدر وهذا هو تعيينه لأنه جزاف
فيما بقي بعد الثنيا ولأن كلما جاز إيراد العقد عليه بانفراده جاز استثناؤه
من العقد وما لا فلا وبيع أرطال معلومة من الثمار جائز فكذا استثناؤها
ونظيره بيع شاة معينة من القطيع فإنه يجوز فكذا استثناؤها ولو كانت
مجهولة بأن باع شاة منها بغير عينها لا يجوز فكذا استثناؤها وعلى هذا
أطراف الحيوان وأوصاف المبيع وقوله ربما لا يبقى بعده شيء إلى آخره قلنا
الاستثناء تصرف لفظي فيعتبر فيه صحة الكلام فإذا صح تم وصار مفيدا ولا يكون
رجوعا ولو خرج الكل بذلك الطريق لأنه يتوهم البقاء ألا ترى أنه لو قال نسائي
طوالق إلا فلانة وفلانة وعبيدي أحرار إلا فلانا وفلانا ثم خرج الكل
بهذا الطريق صح ولا يكون رجوعا وإنما يكون رجوعا إذا كان بلفظه بأن
قال عبيدي أحرار إلا عبيدي أو نسائي طوالق إلا نسائي حتى لا يصح هذا
الكلام ويلغو ويقع الطلاق والعتاق على الجميع فكذا هنا لا يكون رجوعا
إلا إذا قال بعتك هذه الثمار إلا هذه الثمار وأما الثاني وهو ما إذا
باع برا في سنبله إلى آخره فلأنه مال متقوم منتفع به فيجوز بيعه في قشره
كالشعير وقال الشافعي لا يجوز لأن المعقود عليه مستور غائب عن البصر
ولا يعلم وجوده فلا يجوز بيعه كبذر البطيخ وحب القطن واللبن في الضرع
والزيت في الزيتون قبل الاستخراج قلنا الفرق بينهما أن الغالب في السنبلة
الحنطة ألا ترى أنه يقال هذه الحنطة في سنبلها ولا يقال هذا حب ولا هذا
لبن ولا زيت ولا قطن وعلى هذا الخلاف الفستق والبندق والجوز والحمص
الأخضر وسائر الحبوب المغلفة وما رواه مسلم وأحمد وغيرهما أنه عليه
السلام نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة
المراد به السلم يعني لا يجوز الإسلام فيه حتى يوجد بين الناس ألا ترى
إلى ما رواه مسلم والبخاري بإسناده عن النبي صلى الله عليه وسلم إذا منع
الله الثمرة بم تستحل مال أخيك فتكون حجة لنا في اشتراط وجود المسلم

فيه من حين العقد إلى حين المحل ولو أجري على إطلاقه كان حجة لنا أيضا
في هذا الموضع لأنه يقتضي جواز بيعه بعد ما ابيض مطلقا من غير قيد
بالترك ولو كان كما قاله لقال حتى يترك **قال** وأجرة الكيل على البائع
مراده فيما إذا بيع مكايلة وكذا أجرة وزن المبيع وذرعه وعده على البائع
لأن الكيل والوزن والذرع والعد فيما بيع مكايلة أو موازنة أو مذارعة
أو معادة من تمام التسليم وتسليم المبيع على البائع فكذا تمامه **قال**
وأجرة نقد الثمن ووزنه على المشتري لما ذكرنا أن الوزن من تمام التسليم
وتسليم الثمن على المشتري فكذا ما يكون من تمامه وكذا يجب عليه تسليم الجيد
لأن حق البائع تعلق به فتكون أجرة المميز ذلك عليه إذ هو المحتاج إليه
وهذه رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله وفي رواية ابن رستم عنه أجرة
نقد الثمن على البائع لأن النقد يكون بعد التسليم والوزن ليعرف المعيب
من غيره فكان هو المحتاج إليه فيكون أجرته عليه وبالأول كان يفتي الصدر
الشهيد رحمه الله وروي عن محمد رحمه الله أن أجرة النقد على رب المال
الدين بعد القبض لأنه في ضمان رب الدين ويدعي أنه خلاف حقه فيكون
مميزه فعليه **قال** ومن باع سلعة بثمن سلم أولا إلى تسليم الثمن أولا لأن
العقد يقتضي المساواة وحق المشتري قد تعين في المبيع فيسلم هو الثمن
أولا ليتعين حق البائع فيه كما تعين حقه في المبيع إذ الثمن لا يتعين إلا
بالقبض وصورته هذا أن يقال للبائع أحضر المبيع ليعلم أنه قائم فإذا أحضر
قيل للمشتري سلم الثمن أولا لما ذكرنا وإن كان المبيع غائبا فللمشتري أن
يمتنع من تسليم الثمن حتى يحضر البائع المبيع على مثال ما ذكرنا في الرهن قال
وإلا معا أي إن لم يكن سلعة بثمن سلما معا لاستوائهما في التعين أو في عدم
التعين وذلك لأنه إما ثمن بثمن أو سلعة بسلعة فالأول كلاهما غير متعين
والثاني متعين

باب خيار الشرط

قال صح للمتبايعين أو لأحدهما ثلاثة أيام أو أقل أي جاز خيار
الشرط لهما أو لأحدهما ثلاثة أيام فما دونه لقوله عليه السلام لحبان
ابن منقذ الأنصاري وكان يغبن في البياعات إذا بايعت فقل لا خلابة
ولي الخيار ثلاثة أيام **قال** ولو أكثر لا أي لو شرطا أكثر من ثلاثة
أيام لا يجوز وهذا عند أبي حنيفة وبه قال زفر والشافعي وقالا يجوز إذا سمى
مدة معلومة لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه أجاز الخيار إلى شهرين
ولأن الخيار شرع للتروي لدفع الغبن وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فشابه
التأجيل في الثمن ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن شرط الخيار مخالف

لمقتضى العقد وهو اللزوم وإنما جوزناه بخلاف القياس بما روينا من النص
فيقتصر على مورد النص فتنتفي الزيادة بخلاف اشتراط الأجل لأنه
للقدرة على التحصيل وذلك يتطاول المدة وحديث ابن عمر ليس بنص فيه
فإنه روي أنه أجاز الخيار إلى شهرين فيحتمل أن يكون خيار الرؤية أو العيب
فإذا انتفت الزيادة فسد العقد بها **قال** فإن أجاز في الثلث
جاز خلافاً لزفر هو يقول العقد فاسداً فلا يعود صحيحاً كالنكاح بغير
شهود ولنا أن المفسد قد زال قبل تقرره فينقلب صحيحاً كما في البيع بالرقم
وأعلمه في المجلس وهذا عند مشايخ أهل العراق من أصحابنا فإن عندهم
ينعقد فاسداً ويرتفع الفساد بحذف الشرط ولأن المفسد اتصال اليوم
الرابع بنفس المدة فإذا حذف قبل اليوم الرابع فقد امتنع اتصال المفسد بالعقد
فصار كأن الخيار لم يكن مشروطاً في اليوم الرابع وأما عند مشايخ أهل خراسان
فعندهم العقد موقوف على إسقاط الشرط فبمضي جزء من اليوم الرابع فسد
العقد ولا ينقلب صحيحاً بخلاف فساد النكاح لعدم الإشهاد لأن الفساد
فيه لعدم شرط الجواز فلا يمكن إزالته وهذا الوجه أوجه **قال** ولو باع
على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع صح وإلى أربعة لا وهذا
عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر وقال زفر لا
يجوز هذا الشرط أصلاً وهو القياس لأنه شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها
بشرط عدم النقد ولو شرط فيه الصحيحة منها فسد فهذا أولى وجه الاستحسان
أنه في معنى شرط الخيار بل هو عينه لأنه يتخير في الأيام الثلاثة بين الفسخ
والإمضاء غير أنه ترك العقد وجعل إمارة الفسخ والنقد إمارة الإمضاء
وهذا الشرط محتاج إليه لدفع المماطلة كما أن شرط الخيار محتاج إليه لدفع
الغبن غير أنه هنا بمضي المدة مع عدم النقد ينفسخ العقد وفي ذلك يتم وذلك
لا يوجب اختلافاً في الحكم إذ كل واحد منهما فسخ على تقدير وإجازة على تقدير
والاختلاف فيما يتم به الفسخ والإجازة في نفس الفسخ عند إرادة الفسخ
وإلى نفس الإجازة عند إرادة الإجازة فلا يعد اختلافاً ثم أبو حنيفة ومحمد
مرا على أصلهما في الزيادة على الثلاث في الملحق به وهو شرط الخيار على ما
بينا وأبو يوسف مع أبي حنيفة في هذا ومع محمد في شرط الخيار أخذاً بالنص
في هذا وبالأثر في ذلك **قال** فإن نقد في الثلث صح يعني فيما إذا شرطا
أكثر من ثلاثة أيام وإنما صح لزوال المفسد وهذا بالإجماع ثم هذه المسئلة
على وجوه إما إن لم يبينا الوقت أو بينا وقتاً مجهولاً بأن يقول على أنه إن لم
ينقد أياماً أو بينا معلوماً وهو أكثر من ثلاثة أيام فهو في هذه الصورة

كلها

كلها فاسد إلا إذا نقد في الثلث لما قلنا أو بينا وقتاً معلوماً وهو ثلاثة
أيام أو دونه فإنه يجوز لما بينا **قال** وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن
ملكه لأن تمام البيع لا يكون إلا بالتراضي ولا يتم الرضا مع الخيار ولهذا ينفذ
عتق البائع ويملك التصرف فيه دون المشتري وإن قبضه بإذن البائع
قال رحمه الله وبقبض المشتري يهلك بالقيمة يعني إذا قبضه المشتري
وهلك في يده في مدة الخيار فإن المشتري يضمن قيمته لأن البيع ينفسخ
بالهلاك لأنه كان موقوفاً ولا نفاذ بدون المحل فكان مقبوضاً في يده على
سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على
المشتري كما في البيع الصحيح المطلق ولو تعيب المبيع في يد المشتري ه
فللبائع أن يلزمه البيع إن شاء وإن شاء فسخ البيع وضمنه النقصان لأن
العيب لا يمنع الفسخ وإذا انفسخ العقد كان مضموناً على المشتري بالقبض
بجميع أجزائه كالمغصوب ولو تعيب في يد البائع فهو على خياره لأن ما انتقص
بغير فعله لا يكون مضموناً عليه ولكن المشتري يتخير إن شاء أخذه بجميع الثمن
وإن شاء فسخ كما في البيع المطلق وإذا كان العيب بفعل البائع ينتقض
البيع فيه بقدره لأن ما يحدث بفعله يكون مضموناً عليه ويسقط حصته من
الثمن **قال** وخيار المشتري لا يمنع ولا يملكه أي لا يمنع خروج المبيع
عن ملك البائع ولا يملكه المشتري لأن البيع من جهة البائع لازم ولأن الخيار
شرع نظراً لمن له الخيار فيعمل في حقه دون الآخر وإنما لا يملكه المشتري كيلا
يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد وهذا عند أبي حنيفة وقالا يملكه
لأنه لو خرج عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري لكان زائلاً لا إلى مالك
ولا عهد لنا به في الشرع وله أن الثمن لم يخرج عن ملكه ولأن الخيار يعمل في
حق من له الخيار ولو دخل في ملكه لدخل بلا عوض واجتمع في ملك شخص واحد العوض
والمعوض ولا عهد لنا به في الشرع ولأن الخيار شرع نظراً له ليتروى فيه هل هو
موافق له أم لا فلو دخل في ملكه يفوت ذلك فيما إذا اشترى قريبه لأنه يعتق
عليه فيعود على موضوعه بالنقض وجاز أن يوجد خروج ملك بلا دخول في ملك
غيره كعبيد الكعبة وكذا التركة المستغرقة بالدين تخرج عن ملك الميت
ولا يدخل في ملك الورثة ولا يقال على هذا تكون سائبة وهي منهي عنها لأنا
نقول الحال موقوف إذا أجيز البيع يستند إلى وقت العقد فيتبين أنه ملكه
من ذلك الوقت ولهذا كان له الزوائد وإن فسخ بان أنه غير زائل عن ملكه
فكيف يكون من السائبة مع وجود سبب الانتقال ومع توقع حكمه **قال**
ويقبضه يهلك بالثمن لتعيبه أي بسبب قبضه يضمنه إذا هلك كما يضمن إذا

يعيب فى المراد بالعيب عيب لا يرتفع كقطع اليد وان كان يرتفع كالمرض فهو على
خياره فان ارتفع فى المدة لا يلزمه والا لزمه لانه يدخل العيب عليه فيه عند
المشترى يمنع الرد على البايع لعجزه عن الرد كما قبضه والهلاك لا يعرى عن مقدمة
عيب فيهلك بعد ما انبرم العقد فيلزمه الثمن بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع
لانه يدخل العيب لا يمتنع الرداد لا لعجز عنه لانه تصرف بحكم الخيار فلا يسقط خياره
وان اشرف على الهلاك فلو لزم البيع فيه انما يلزم بعد موته وذلك لا يجوز لانه
لم يبق محلا للبيع وكان مضمونا عليه بالقيمة مذبوحة **قال** فلو اشترى زوجته
بالخيار بقى النكاح لانه لم يملكها لان خيار المشترى يمنع من دخول المبيع فى ملكه
عندهما لما بينا **قال** فان وطيها فله ان يردها لان الوطى بحكم النكاح لا بحكم
اليمين اذ لم يملكها بعد الا اذا انتقصها الوطى لانها تتعيب به وليس له ان
يردها عليه بعد ما تعيبت عنده على ما ذكرنا وهذا عند ابى حنيفة وعندهما
ليس له ان يردها مطلقا لان النكاح انفسخ لملكه اياها فيكون الوطى بحكم
ملك اليمين فيمتنع الرد كما اذا اشترى غير زوجته فوطيها وهذه المسئلة تظهر
فيها ثمرة الخلاف بينهم ولها نظاير منها عتق القريب على المشترى اذا كان
قريبا له ومنها عتقه اذا كان قد حلف لعتقه بان قال ان ملكت عبدا فهو حر
بخلاف ما اذا قال ان اشتريته لانه يصير كالمنشئ فى تلك الحالة فى حق تصحيح
الجزاء حتى لا يجزيه عن الكفارة اذا نواه بخلاف شراء القريب على ما اعرف فى
موضعه ومنها ان الامة المشتراة لو حاضت عند المشترى بعد القبض لا يجتزأ
عن الاستبراء لعدم الملك وعندهما يجتزأ به لوجوده ولو رجعت الى البايع بالفسخ
بحكم الخيار لا يجب عليه الاستبراء لعدم دخولها فى ملك غيره عنده وعندهما يجب
اذا رجعت اليه بعد القبض وان رجعت اليه مالكه قبل القبض لا يجب عليه الاستبراء
استحسانا كما لو كان البيع باتا ثم تفاسخا باقالة او غيره فانه يجب عليه الاستبراء
بعد القبض قياسا واستحسانا وقبل القبض يجب قياسا وفى الاستحسان لا يجب
اجماعا ومنها ما اذا اشترى منكوحة وقد ولدت منه او حبلت منه لا تصير ام
ولد له خلافا لهما وثمرة الخلاف تظهر ايضا فيما اذا ولدت منه قبل القبض
فى يد البايع وان قبضها المشترى فولدت فى مدة الخيار لزم البيع بالاجماع
لانها تتعيب بالولادة ولا يملك ردها بعد التعيب فى يده بخلاف ما اذا ولدت
قبل القبض عند ابى حنيفة ومن نظايرها اذا اشترى حليلته بشرط الخيار
فقبضها فولدت عنده يبطل خياره ويلزم البيع لما ذكرنا ومنها ما اذا قبض
المشترى المبيع باذن البايع ثم اودعه عنده فهلك فى يده هلك من مال البايع
عنده لان قبضه يرتفع بالرد لعدم الملك فهلاكه بعد ذلك فى يد البايع

اما كان فى المدة فهو هلاك قبل القبض وقبل الملك وان كان بعد مضيها
فهو هلاك قبل القبض فيكون من ماله كما فى البيع البات وعندهما من مال
المشترى لصحة الايداع باعتبار قيام الملك له فصار كما اذا كان له خيار
الرؤية والعيب والفرق له انهما لا يمنعان وقوع الملك للمشترى فيكون
الايداع صحيحا بخلاف خيار الشرط ومنها ما لو كان المشترى بالخيار عبدا
ماذونا له فى التجارة فابراه البايع عن الثمن فى مدة الخيار بقى خياره عنده
لانه لما لم يملكه كان الرد امتناعا عن التملك والماذون له يملك الرد وان كان
التمليك بغير عوض كما اذا وهب له او قال له ان يمتنع عن القبول وعندهما بطل
خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بلا عوض وهو لا يملك ذلك بخلاف
الحر فصار كما لو كان له خيار رؤية او عيب فى البيع البات فابراه البايع عن
الثمن فانه لا يملك رده عليه بعد القبض بالاجماع وجوابه انهما لا يمنعان الوقوع
فى الملك على ما بينا وذكر فى المحيط انه لا يملك الابراء عن الثمن عند ابى يوسف
لانه لم يملكه لان خيار المشترى يمنع خروج الثمن عن ملكه وهو القياس وفى وجه
الاستحسان انه ابرا بعد وجود سببه فيصح ومنها ما لو اشترى ذمى من ذمى خمرا
على انه بالخيار ثم اسلم المشترى فى مدة الخيار بطل الخيار عندهما لانه ملكها
فلا يملك تمليكها بالرد وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها باسقاط
الخيار وهو مسلم ولو اسلم البايع والخيار للمشترى بقى على خياره بالاجماع ولو
ردها المشترى عادت الى ملك البايع لان العقد من جانب البايع بات فان اجازه
جاز له وان فسخ عاد الخمر للبايع والمسلم من اهل ان يتملك الخمر حكما كما فى الارث
ولو كان الخيار للبايع فاسلم هو بطل البيع لان المبيع لم يخرج عن ملكه والمسلم
لا يقدر ان يملك الخمر ولو اسلم المشترى لا يبطل العقد والبايع على خياره
لان العقد من جهة المشترى بات فان اجاز العقد صار له لان المسلم من اهل
ان يملك الخمر حكما وان فسخه كان للبايع وهذا كله فيما اذا اسلم احدهما بعد
القبض والخيار لاحدهما وان اسلم قبل القبض بطل البيع فى الصور كلها سواء
كان البيع باتا او بشرط الخيار لاحدهما او لهما لان للقبض شبها بالعقد من حيث
انه يفيد ملك التصرف فلا تملكه بعد الاسلام وان اسلم احدهما او كلاهما
بعد القبض وكان البيع باتا لا يبطل لانه قد تم بالقبض بخلاف ما اذا كان
بشرط الخيار على ما مر ومنها ما اشترى مسلم من مسلم عصيرا بشرط الخيار فتخمر
العصير فى المدة فسد البيع عنده وعندهما تم ومنها حلال اشترى صيدا
بشرط فقبضه ثم احرم والصيد فى يده ينتقض البيع ويرده الى البايع عنده
وقال يلزم المشترى ولو كان الخيار للبايع ينتقض فى قولهم جميعا وان كان

الخيار للمشتري فاخرها البايع فللمشتري ان يرده ومنها ما لو اشترى دارا وهو
ساكنها باجارة او عارية فاستدام السكنى بعد الشرا لا يكون اختيارا عنده
وعندهما اختيار لانه ملك العين فكان سكناه بحكم ملك العين وقال السرخسي
رحمه الله ابتدا السكنى اختيار لان الدار لا تمتحن بالسكنى بخلاف الاستدامة
قال فان اجاز من له الخيار بغيبة صاحبه صح ولو فسخ لا وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف له ان يفسخ ايضا بغيبة صاحبه لان الشرط
كان بمساعدته فصار مسلطا له على الفسخ فلا يتوقف على علمه كالفسخ بالفعل
مثل اعتاق من له الخيار او بيعه او وطيه او تقبيله بشهوة وكالاجازة فان
علم الامر لا يشترط فيها ولهذا لا يشترط رضاه فصار كالوكيل بالبيع ولهما
انه بالفسخ يلزمه صاحبه الضرر اذ لا يتمكن من العمل بموجب الفسخ من غير علم كالا
من التصرف او الوطي او الاستخدام بل يتقدم على هذه التصرفات اعتمادا على ما
سبق من البيع فتلزمه الغرامة وكذا لا يطلب لسلعته مشتريا لما قلنا فلا بد
من علمه دفعا للضرر عنه كعزل الوكيل وحجر العبد الماذون له عن التصرف
وفراق الشريك ونهي المضارب عن التصرف بخلاف الاجازة لانه لا ضرر فيها
على صاحبه اذ هو موافق له فيها وبخلاف الفسخ بالفعل لانه حكمي ولا يشترط
العلم في الحكمي كعزل الوكيل والمضارب والشريك وحجر العبد الماذون له في
التجارة حكما كارتداده ولحاقه بدار الحرب مرتدا وجنونه مطلقا ولا نسلم انه
مسلط على الفسخ من جهة صاحبه وكيف يسلطه عليه وهو بنفسه لا يملك الفسخ
وانما يفسخ لكون العقد غير لازم في حقه لا بتسليطه منه فيشترط علمه بخلاف
الوكيل حيث يجوز له التصرف من غير علم الموكل لانه مسلط من جهته وكذا المضارب
ولو فسخ حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة صح ولو مضت المدة قبل العلم به
تم العقد ولزم والحيلة فيه ان ياخذ منه وكيلا حتى اذا بدا له الفسخ رده عليه
وقال بعضهم انه لو رفع الامر الى الحاكم واعلمه بذلك ونصب من يخاصم عنه
صح الرد عليه وذكر الكرخي ان خيار الرؤية على هذا الخلاف وفي خيار العيب
لا يصح فسخه بغير علمه بالاجماع لانه لا يثبت الا بالقضا **قال** ويتم العقد
بموته ومضي المدة والاعتاق وتوابعه والاخذ بالشفعة يعني يتم العقد بواحد
من هذه الجملة اما الاول وهو موت من له الخيار فلان الخيار عندنا يبطل ولا
ينتقل الى الورثة عندنا وقال الشافعي يورث عنه لانه حق لازم ثابت له
في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار صفة للميت
فلا ينتقل عنه كسائر اوصافه وانما قلنا انه صفة له لانه ليس هو الا مشيته
وارادته فصار كخيار المجلس عندهم بخلاف خيار العيب لان المورث استحق

المبيع

المبيع سليما فكذا الوارث لا انه ورث خياره وهذا لانه بالعيب فات الجزء
السليم فللمورث ان يطالب بذلك الجزء فيقوم الوارث مقامه فيه ولهذا
يثبت له الخيار فيما تعيب في يد البايع بعد موت المورث واما لم يثبت للمورث
وخيار التعيين يثبت للوارث ابتدا لاختلاط ملكه بملك الغير لان الخيار لا
يورث فاذا بطل الخيار لزم البيع وتم واما الثاني وهو ما اذا مضت مدة
الخيار فلانه بمضيها يبطل خياره اذ لم يثبت له الخيار الا في تلك المدة لان المخير
في وقت مقدر لم يبق له الخيار بعد مضيه ومن ضرورة بطلان الخيار تمام
العقد ولزومه لزوال المانع واما الثالث وهو الاعتاق وتوابعه فلان هذه
التصرفات دليل الاستيفا لانها تعتمد الملك والمراد بتوابع العتق التدبير
والكتابة وكذلك كل تصرف لا يحل الا في الملك كالوطي والتقبيل واللمس بشهوة
يتم به البيع وكذا كل تصرف لا ينفذ الا في الملك كالبيع والاجارة وهذا كله
اذا كان الخيار للمشتري ووجد منه شي من هذه الاشيا وان كان الخيار للبايع وفعل
شيا من هذه الاشيا انفسخ البيع لما ذكرنا انه دليل الاستيفا ولو كان الفعل
يحل في غير الملك لا يتم به البيع كالاستخدام والركوب ونحو ذلك لانه يفعل للامتحان
والتجربة فلا يكون دليل الاستيفا واما الرابع وهو الاخذ بالشفعة وصورته
ان يشتري دارا بشرط الخيار ثم تباع دار اخرى بجنبها فياخذها المشتري
بشرط الخيار بالشفعة فلان الاخذ بها لا يكون الا بالملك فكان دليل الاجازة
وهذا لان الشفعة شرعت نظرا للملاك لدفع ضرر يلزمهم على الدوام فكان
اخذه بها دليل الاستيفا فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت له الملك
فيها من وقت الشرا فيظهر ان الجوار كان سابقا ولانه احق الناس بالتصرف
فيها اولى بالشفعة وان لم يملكها كالمكاتب والعبد الماذون له في التجارة
وهذا التقدير يحتاج اليه لابي حنيفة واما على قولهما فان المشتري بالخيار
يملك الدار فلا يحتاج الى هذا التقدير لثبوت الملك وانما يحتاج اليه لسقوط
الخيار لا غير وهذا لان خياره يسقط به اجماعا بخلاف خيار الرؤية حيث لا
يسقط باخذ الشفعة فيما اذا بيعت دار بجنبها فاخذها بها لانه لا يسقط
بالصريح فكذا بالدلالة **قال** ولو شرط الخيار لغيره صح وايهما اجاز او
نقض صح اي اجاز المشتري او من شرط له الخيار او نقضه جاز وقال
زفر لا يجوز اشتراط الخيار لغير العاقد وهو القياس لان الخيار من مواجب
العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن على غيره
وهذا لان اشتراط ما لا يقتضيه العقد مفسد وفيه ذلك فيفسد ولنا
ان اشتراط الخيار لغير العاقد اشتراط للعاقد لانه لا وجه لاثبات

الخيار لغير العاقد بطريق الاصالة لا يمكن اثباته بطريق النيابة عن العاقد فيجعل كانه
شرط الخيار لنفسه وجعل الاجنبي نائبا عن نفسه اقتضاء تصحيحا لتصرفه وزفر لا
يقول بالاقتضاء ولا بالاستحسان فاذا كان نائبا عنه يكون لكل واحد منهما الخيار
فايهما اجاز او نقض صح لان كل واحد منهما ملك التصرف اصالة او نيابة
قال فان اجاز احدهما ونقض الاخر فالاسبق احق لوجوده في زمان لا يزاحمه
فيه احد وتصرف الاخر بعده يلغو لان السابق ان كان فسخا فالمفسوخ لا تلحقه
الاجازة وان كان اجازة فقد ابرم العقد وبعد ابرامه لا ينفرد احد المتعاقدين
بفسخه قال وان كانا معا فالفسخ اي لو فسخ احدهما واجاز الاخر وخرج الكلامان
منهما معا كان الفسخ اولى من الاجازة من ايهما كان وهو رواية كتاب الماذون من
المبسوط وفي رواية كتاب البيوع منه تصرف المالك اولى فسخا كان او اجازة لان
الاصيل اقوى اذ النائب يستفيد الولاية منه فلا يصلح ان يكون معارضا للاصيل
ولانه لما اقدم على التصرف كان عزلا له منه بالفعل حكما وهو يملك ذلك صريحا
بالقول فكذا دلالة بالفعل وهذا لان تصرف النائب انما جاز للحاجة ولا حاجة
عند مباشرة التصرف بنفسه فيلغو بخلاف ما اذا وكله ان يطلق امراته البتة
فطلقها الوكيل والموكل حيث يقع عليها طلاق احدهما عينا ولا تقدم تصرف
الموكل لان الوكيل في باب الطلاق سفير ومعبر فكان الموجود من الوكيل منسوبا
اليه ولهذا يحنث في يمينه ان لا يطلق فكان الصادر عن الوكيل صادرا عن الموكل
بخلاف الوكيل في البيع على ما عرف في موضعه وجه الاول وهو الاصح ان المعارضة
من جهة التصرف متحققة لان كل واحد منهما مالك للتصرف وتعذر العمل بهما
للاستحالة فوجب الترجيح بحال التصرف والفسخ اقوى لانه يرد على المجاز
دون العكس فكان اولى بالاعتبار كنكاح الحرة والامة اذا وجدا معا يبقى نكاح
الحرة لانه اقوى لوروده على نكاح الامة دون العكس ولا نسلم ان المجاز يلحقه
الفسخ الا ترى انه لو كان الخيار لاحدهما وفسخ بحضرة صاحبه ثم هلك المبيع
في يد المشتري قبل التسليم الى البائع عاد الحال على ما كان حتى يجب عليه الثمن
ان كان الخيار للمشتري والقيمة ان كان الخيار للبائع كما اذا هلك في يده قبل
الفسخ لانا نقول هذا لا يلزمنا لان كلامنا في اجازة ترد على المفسوخ ولا
اجازة هنا فلا يرد علينا وقيل ما ذكر في الماذون قول ابي يوسف لانه لا يقدم
تصرف المالك بل يستويان عنده وما ذكره في البيوع قول محمد لانه يقدم
تصرف المالك على تصرف النائب عنده واستخراج ذلك مما اذا باع الوكيل
من شخص وباع الموكل من غيره فعند محمد يملك المشتري من المالك تقديما لتصرف
المالك وعند ابي يوسف يستويان فيكون بين المشتريين نصفين لاستواء التصرف

في عدم تقدم التصرف بالملك عنده ويثبت لكل واحد منهما الخيار لتفرق الصفقة
عليهما قال ولو باع عبدين على انه بالخيار في احدهما ان فصل وعين صح والا
لا اي صح ان فصل ثمن كل واحد منهما وعين الذي فيه الخيار لان الذي فيه الخيار
كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم وكان الداخل في
العقد غيره فما لم يكن ذلك الداخل معلوما وثمنه معلوما لا يجوز اذ جهالة
المبيع والثمن مفسد للعقد ولن يكونا معلومين الا بالتفصيل والتعيين
وهذه المسئلة على اربعة اوجه احدها ان يفصل الثمن ويبين الذي فيه
الخيار والثاني ان لا يبين واحدا منهما والثالث ان يبين الثمن دون الاخر
والرابع بالعكس فالعقد فاسد في الكل اما لجهالة الثمن او لجهالة المبيع او
لجهالتهما الا في الاول لانتفاء الجهالة عنهما فان قيل لا يخلو اما ان يجعل
المستثنى داخلا في العقد او لا فان جعلته داخلا فيه وجب ان يجوز وان لم يبين
ولم يفصل اذ ليس بيان كل جزء من اجزاء المبيع ولا بيان ثمنه شرطا لجواز البيع
وان جعلته غير داخل فيه وجب ان لا يجوز وان بين وفصل لانك جعلت قبول
العقد في غير المبيع شرطا لصحة العقد في المبيع وهو فاسد كالجمع بين حر وعبد
او شاة ذكية وميتة فانه لا يجوز وان بينهما قلنا هو داخل صيغة غير داخل حكما
فاذا كان داخلا من وجه دون وجه نظرنا فان كان معلوما اعتبرناه داخلا
فيجوز والا فغير داخل فلا يجوز بخلاف بيع المدبر مع القن حيث يجوز عند بعضهم
وان لم يبين الثمن لانهما داخلان صيغة وحكما اذ لم يوجد في حقهما ما يمنع من ذلك
ولهذا لو حكم الحاكم بجواز بيعهما صح وفيما نحن فيه الخيار يمنع انعقاده في حق الحكم
اصلا وعند بعضهم لا يجوز حتى يتبين الثمن فعلى هذا لا فرق بينهما ولو اشترى
كيليا او وزنيا او عدديا او واحدا على انه بالخيار في نصفه جاز فصل الثمن او لم
يفصل لان النصف من الشيء الواحد لا يتفاوت ولا فرق بين ان يكون الخيار
للبائع او المشتري قال وصح خيار التعيين فيما دون الاربعة وهو ان
يبيع احد العبدين او الثوبين على ان يأخذ ايهما شاء او يبيع احد الثلاثة
على ان يأخذ ايها شاء ولا يجوز ذلك في الاربعة وهذا استحسان وقال زفر و(ش) رح
لا يجوز هذا اصلا وهو القياس لجهالة المبيع وجه الاستحسان ان شرع
الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا
النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق برايه او اختيار من
يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالشرط كيلا تبقى امانة في يده
فكان في معنى خيار الشرط وهذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لتعين من له
الخيار فلا يمنع الجواز غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلاثة لوجود الجيد والوسط

والردي فيهما فلا حاجة الى المدافعة وثبوت الرخصة للحاجة وكون الجهالة
غير مفضية الى المنازعة فلا يثبت باحدهما ثم قيل يشترط ان يكون في هذا
العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير قال شمس
الائمة هو الصحيح وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على
هذا الاعتبار اتفاقا لا شرطا قال فخر الاسلام هو الصحيح فعلى قول هذا
القائل اذا لم يشترط خيار الشرط يلزم العقد في احدهما حتى لا يرد الا احدهما
وعلى قول الامام الكرخي له ان يردهما لان هذا الخيار عنده بمنزلة خيار الشرط
وقال قاضي خان وضع محمد رحمه الله هذه المسئلة هاهنا يعني في الجامع الصغير
فيما اذا بين مدة الخيار فقال باخذ ايهما شاء بعشرة دراهم وهو بالخيار ثلاثة
ايام ووضعه كذا في المأذون ووضعها في الجامع الكبير وغيره على ان يأخذ
ايهما شاء ولم يذكر الزيادة واذا لم يذكر خيار الشرط فلا بد من توقيت خيار
التعيين بالثلث فما دونها عند ابي حنيفة وهذه معلومة انها كانت عندهما
على قول اكثر المشايخ لان القياس يأبى جواز هذا العقد وانما جاز استحسانا
بطريق الالحاق بشرط الخيار فلا يجوز بدونه فان شرط ذلك ثبت له خيار
الشرط مع خيار التعيين فان ردهما بخيار الشرط في المدة او رد احدهما بخيار
التعيين كان له ذلك واذا مضت المدة بطل خيار الشرط فلا يمكن ردهما
جميعا ويبقى له خيار التعيين فيرد احدهما وان مات المشتري في مدة الخيار
يبطل خيار الشرط ويبقى خيار التعيين للوارث فلا يكون له الا رد احدهما
قال العبد الضعيف عفا الله عنه اذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى لتوقيت خيار
التعيين بخلاف خيار الشرط فان التوقيت فيه يفيد لزوم العقد عند مضي
الوقت وفي خيار التعيين لا يمكن ذلك لانه لازم في احدهما قبل مضي الوقت
ولا يمكن تعيينه بمضي الوقت بدون تعيينه فلا فائدة لشرط ذلك والذي يغلب
على الظن ان التوقيت لا يشترط فيه ولو شرط خيار التعيين للبائع اختلف
المشايخ فيه فذكر الكرخي في مختصره انه يجوز استحسانا قالوا واليه اشار في
المأذون ووجهه انه خيار يجوز اشتراطه للمشتري فكذا للبائع قياسا عليه وذكر
في المجرد انه لا يجوز لانه جوز للمشتري للحاجة مخالفا للقياس ولا حاجة اليه
للبائع اذا كان خيار التعيين للمشتري وقبضهما فهلك احدهما او تعيب لزمه
البيع فيه بثمنه لامتناع الرد بالعيب وتعين الاخر للامانة لان الداخل
تحت العقد احدهما والذي لم يدخل في العقد قبضه باذن مالكه لا على
سوم الشراء ولا بطريق الوثيقة فكان امانة في يده وتعين الباقي للامانة
لما ذكرنا بخلاف ما اذا طلق احدى امرأتيه او عتق احد عبديه فهلكا احدهما

حيث

حيث يتعين الباقي للعتاق والطلاق لانه حين اشرف على الهلاك لم يخرج
من ان يكون محلا للطلاق والعتاق ولا يعجز عن الايقاع عليه قبل الهلاك
وبعد الهلاك لم يبق الهالك محلا للايقاع فيتعين الباقي له لبقاء المحلية
وفيما نحن فيه حين اشرف على الهلاك عجز عن رده وهو قابل للبيع ولم تبطل
محليته فيتعين له وهذا الفرق يرجع الى انهما استويا في بقاء المحلية قبل الموت
غير انه في البيع حين اشرف على الهلاك عجز عن رده فيتعين هو للبيع لانه قابل
له وفي العتاق والطلاق كذلك لا يخرج من ان يكون محلا للايقاع قبل الموت
غير انه لا يعجز عنه فيبقى مخيرا الى الهلاك فاذا هلك خرج من ان يكون محلا له
فلو دفع عليه لوقع بعد الموت وهما لا يقعان بعده فيتعين الباقي ضرورة
هذا اذا هلك احدهما قبل الاخر وان هلكا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد
منهما لشيوع البيع والامانة فيهما لعدم الاولوية بجعل احدهما مبيعا او امانة
ولا فرق بين ان يكون الثمن متفقا او مختلفا وكذا لو هلكا على التعاقب
ولا يدري الاول منهما يجب نصف ثمن كل واحد منهما لما قلنا بخلاف ما اذا تعيبا
ولم يهلكا حيث يبقى خياره على حاله وله ان يرد احدهما لانهما محل لابتداء البيع
فكذا للتعيين بخلاف الهالك ولكن ليس له ان يردهما وان كان فيه خيار
الشرط له لان العيب يمنع من الرد بخيار الشرط **قال** رحمه الله ولو
اشتريا على انهما بالخيار فرضي احدهما لا يرده الاخر يعني لو اشترى اثنان بشرط
الخيار لهما ليس لاحدهما ان يرد نصيبه اذا اجاز الاخر وهذا عند ابي حنيفة وقالا
له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار الرؤية وخيار العيب لهما ان اثبات الخيار
لهما اثباته لكل واحد منهما لانه شرع لدفع الغبن وكل منهما محتاج الى دفعه عن
نفسه فلو بطل هذا بابطال الاخر خياره فلم يحصل مقصوده ويلحقه ضرر وله
ان المشروط خيارهما لا خيار كل واحد منهما على الانفراد فلا ينفرد احدهما بالرد
ولان حق الرد ثبت لهما على ان لا يتضرر به البائع وفي رد احدهما نصيبه اضرار
بالبائع اذ المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما لرده
معيبا بها اذ هي عيب في الاعيان لكونه لا يتمكن من الانتفاع به الا بطريق المهاياة
وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضى برد احدهما فيتصور اجتماعهما على الرد
وقوله يلحقه به ضرر قلنا الضرر يلحقه من جهة نفسه لعجزه عن اتخاد شرط الرد
ومواعدة صاحبه اياه على الرد والبائع تضرر بتصرف الراد فكان رعايته
جانب البائع اولى ولا يقال البائع رضي بالتبعيض بالبيع لهما لانا نقول رضي بالتبعيض
في ملكهما لا في ملك نفسه فلا يدل على الرضا به في ملكه الا ترى ان المشتري لو
زوج الامة المشتراة ثم وجد بها عيبا ليس له ان يردها على البائع لحدوث العيب

عنده وبين التزويج وان حصل بتسليطه ورضاه لما قلنا فان قيل هذا العيب
حدث عند البائع قبل القبض فان العيب الحادث قبل القبض لا يمنع الرد قلنا
هذا عيب حدث بفعل المشتري وهو يمنع الرد وان حدث في يد البائع **قال**
ولو اشترى عبدا على انه خباز او كاتب فكان بخلافه اخذه بالثمن او تركه لان
هذا وصف مرغوب فيه فيستحق بالشرط في العقد ثم فواته يوجب الخيار لانه لم
يرض به دونه بخلاف ما لو باع شاة على انها حامل او تحلب كذا او كذا رطلا حيث
يفسد البيع لانه ليس من قبيل الوصف وانما هو من قبيل الشرط الفاسد اذ لا
يعرف ذلك حقيقة لانه يحتمل انه لبن او حمل او انتفاخ حتى لو شرط انها حلوب
او لبون لا يفسد لانه وصف ولو قال يخبز كذا او كذا صاعا او يكتب كذا قدرا يفسد
لما ذكرنا وشرطه ان يقدر على الكتابة والخبز قدر ما يطلق عليه اسم الكاتب
والخباز وان كان لا يحسن ذلك قدر ما يطلق عليه الاسم فله الخيار ان شا
اخذ وان شا رده لما قلنا وان قال البائع عند الرد كان يحسن ذلك لكنه
نسي عندك فالقول قول المشتري لان الاصل عدم الخبز والكتابة فكان الظاهر
شاهدا له ولو باعه من غير ان يشترط الكتابة والخبز وكان يحسن ذلك فنسيه
في يد البائع قبل التسليم رده عليه لانه استحق تسليمه على الصفة التي ورد عليه
العقد فاذا نسيه فقد تغير المبيع قبل القبض فيرده وعلى هذا لو اشترى جارية
على انها طباخة او نحوه في جميع ما ذكرنا من الاحكام ثم في كل موضع ثبت له الخيار فيه
اذا اخذ اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شي من الثمن لكونها
تابعة في العقد اذا الجنس متحد ولهذا لا يفسد به العقد ولو اختلف يفسد على
ما يجي بيانه في البيع الفاسد ان شا الله تعالى

باب
خيار الرؤية

قال ومن اشترى ما لم يره جاز وله ان يرده اذا رآه وان رضي قبله
وقال الشافعي لا يجوز البيع لان المبيع مجهول اذ لم يعرف منه الا الاسم فصار كما اذا
لم يشر اليه ولا الى مكانه او موضعه ولما ذكرنا وقد نهى رسول الله صلى الله عليه
وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان اي ما ليس بحاضر عند المتبايعين مرئي للمشتري
ولنا قوله عليه السلام من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة
فيه لا تفضي الى المنازعة لانه ان لم يوافقه رده فصار كجهالة الوصف في المشاهد
المعاين والمراد بالنهي عن بيع ما ليس عند الانسان ما ليس في ملكه بدليل قصة
الحديث فان حكيم بن حزام قال يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست
عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاستجيدها فاشتريها فاسلمها اليه فقال
عليه السلام لا تبع ما ليس عندك واجمعنا على انه لو باع عينا حاضرة غير مملوكة
له لا يجوز وان ملكها فيما بعد ولو كان كما زعم لجاز ولو باع عينا غائبة وكان

المشتري

المشتري رآها جاز فبطل زعمه طردا او عكسا وقوله وان رضي قبله متصل
بما قبله اي له الخيار اذا رآه وان كان رضي قبل ان يراه لان الخيار معلق
بالرؤية على ما روينا فلا يثبت قبله ولان الرضى بالشي قبل العلم باوصافه
لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف فسخه حيث يعتبر قبل
الرؤية لكونه عقدا غير لازم فينفسخ لذلك لا بموجب الخيار **قال** ولا
خيار لمن باع ما لم يره وكان ابو حنيفة اولا يقول له الخيار لان البيع تم برضا
المتعاقدين فاذا انتفى رضا احدهما لعدم الرؤية فكذا رضا الاخر اذ لا يثبت
به الملك ولا يزول به الا بالرضا وهو بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية
ولانه خيار يثبت لاحد المتعاقدين فوجب ان يثبت للاخر اعتبارا بخيار
الشرط وخيار العيب ثم رجع عنه وقال الشافعي لا يجوز بيع ما لم ير اصلا
قولا واحدا ولنا ما روي ان عثمان بن عفان باع ارضا بالبصرة من طلحة
ابن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت
ما لم اره وقيل لعثمان انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما
بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي
الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا ولان خيار الرؤية معلق برؤية المشتري
لما روينا فلا يثبت دونه ولان خيار الرؤية انما يثبت للمشتري باعتبار انه
لظنه خيرا مما رأى فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه ولو رده البائع لرده
باعتبار انه ازيد مما ظنه والخيار لا يثبت بمثله كما لو باع عبدا على انه
معيب فاذا هو سليم لا يثبت للبائع فيه الخيار **قال** ويبطل ما يبطل
به خيار الشرط اي يبطل خيار الرؤية بما يبطل به خيار الشرط من التصرف
والدلالة ومراده بعد الرؤية واما قبله فلا يسقط وان صرح به الا في
ضمن بعض التصرفات لتعذر الفسخ على ما نبين وقال بعضهم اذا رآه وتمكن
من الفسخ ولم يفسخ سقط خياره ولزم البيع وان لم يوجد منه الاجازة
صريحا ولا دلالة لان سبب ثبوت هذا الخيار جهالة اوصاف المبيع بدليل
انه لو رآه قبل العقد لا يكون له الخيار وانها تزول بالرؤية والخيار
يسقط بزوال سببه كخيار العيب يسقط بزوال العيب وكان ينبغي ان لا
يملك فسخه بعد الرؤية متصلا بها لزوال سببه الا انه ملكنا الفسخ لدفع
الضرر عن نفسه للضرورة وهذه الضرورة تزول بقدر ما يتمكن من الفسخ
والصحيح انه مطلق غير موقت بالزمان فيكون له الفسخ في جميع عمره ما لم
يسقط بالقول او بفعل يدل على الرضا به نص عليه ابن رستم وكذا ذكره محمد في
الاصل لان النص ورد باثبات الخيار مطلقا والعبرة في المنصوص عليه لعين

الشيء للمعنى مع انه جهالة الوصف ليست بعلة لثبوت هذا الخيار بدليل انه
لم يثبت له الخيار قبل الرؤية لتعلقه بالرؤية فكذا لا يتوقت لاطلاقه
عن الوقت والتقييد به يكون زيادة وهو نسخ فيمتد الى ان يوجد منه
ما يسقطه وهو التصريح به او التعيب او تصرف لا يمكن رفعه كالاعتاق
والتدبير او يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة لوجود
الرضا منه صريحا او دلالة وكذا لو كانت هذه التصرفات قبل الرؤية يسقط
بها الخيار لتعذر الفسخ وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط
الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يفوت
صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا وكذا اذا قبضه
بعد الرؤية يبطل خياره لانه يدل على الرضا ولانه مؤكد لحكم العقد فشابه
البيع ولو كان البيع بشرط الخيار للمشتري فهو كالمطلق حتى يسقط به الخيار
قبل الرؤية لانه تصرف مطلق من جانبه ولو اشترى ارضا فاذن للاكار ان يزر
قبل الرؤية فزرعها بطل لان فعله بامره كفعله **قال** وكفت رؤية
وجه الصبرة والرقيق والدابة وكفلها وظاهر الثوب المطوي وداخل
الدار لان رؤية ما يستدل به على المقصود يكفي لتعسر رؤية الجميع ورؤية
هذه المواضع من هذه الاشيا يقع بها العلم بالمقصود فلا معنى لاشتراط رؤية
الجميع ورؤية هذه المواضع من هذه الاشيا يقع بها العلم بالمقصود فلا معنى
لاشتراط رؤية غيرها ولو دخل في المبيع اشيا فان كان لا يتفاوت احاده
كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفى برؤية بعضه لجريان
العادة بالاكتفا بالبعض في الجنس الواحد ولوقوع العلم به بالباقي الا اذا كان
الباقي اردى فيكون له الخيار فيه وفيما راى كيلا يلزم تفريق الصفقة
قبل التمام لان خيار الرؤية لا يتم وان كان احاده يتفاوت وهو الذي لا
يباع بالنموذج كالثياب والدواب والعبيد فلا بد من رؤية كل واحد من
افراده لان برؤية بعضها لا يقع العلم بالباقي للتفاوت والجوز والبيض من هذا
القسم فيما ذكره الكرخي لتفاوت احاده فلا يستدل برؤية بعضه على غيره
من جنسه وقال صاحب الهداية ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها
متقاربة فاذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف به
وصف الباقي لما ذكرنا وكذا النظر الى ظاهر الثوب مطويا مما يعلم به البقية
الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم لان قيمته تختلف باختلا
وقال زفر لا يكتفى برؤية ظاهر الثوب ولا بد من ان ينشره فانه ليس من ذوات
الامثال فلا يعرف كله برؤية بعضه قلنا قل ما يتفاوت جوانب ثوب واحد

فيمكن

فيمكن الاستدلال بالبعض على البعض فيه والوجه هو المقصود من الادمي ولهذا
تتفاوت قيم الرقيق بتفاوته وسائر الجسد تبع له وهو والكفل من
الدواب فلا بد من رؤيتهما وشرط بعضهم مع ذلك رؤية القوائم وعند محمد
رحمه الله رؤية الوجه كاف كالادمي وفي شاة اللحم لا بد من الجس لانه
به يعرف السمن والهزال ويعرف به كثرة اللحم وقلته وفي شاة القنية لا
بد من معرفة ضرعها وفيما يطعم لا بد من الذوق وفيما يشم لا بد من الشم وفي
دفوف الغازي لا بد من سماع صوتها لان العلم بالشيء يقع باستعمال الة
ادراكه فلا يسقط خياره حتى يدركه وجعل في المختصر رؤية خارج
داخل الدار كرؤيتها كلها لانه يستدل به على الباقي وفي عامة الروايات
اذا راى صحن الدار يسقط خياره لما ذكرنا في خارجها وقال زفر لا بد من
رؤية داخل البيوت وهو الاصح لان بيوتها الشتوية والصيفية والعلوية
والسفلية ومرافقها ومطابخها وسطوحها تختلف فلا بد من رؤية ذلك
كله في الاظهر لان كلا منها مقصود فالنظر الى الخارج او الى الصحن لا يوقع
العلم بهذه الاشيا وما ذكره في الكتاب مبني على عادة اهل الكوفة فان
ذلك الزمان دورهم كانت على تقطيع واحد ولم يختلف الا في الكبر والصغر
وفي كونها جديدة او عتيقة وذلك يعلم برؤية بعضها فافتوا به لذلك
واما اليوم فبخلافه فلا يكتفى به ورؤية اشجار البستان يكتفى بها لوقوع
العلم بها ولو راى ذهبا في قارورة من خارجها لا يبطل خياره في المروي
عن ابي حنيفة ومحمد وعن محمد انه يبطل **قال** ونظر وكيله بالقبض
كنظره لا نظر رسوله وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يكون كنظره حتى
لا يسقط خيار الموكل بقبضه لانه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا
يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار الشرط والعيب فانه لا يقدر على اسقاطهما
فكذا هذا واقرب منه انه لا يقدر على اسقاطه قصدا بان قبضه مستورا ثم راه
فاسقط الخيار بعده او كان راه من قبل فان خيار الموكل لا يسقط به فكذا
ضمنا بالقبض لما ذكرنا ولابي حنيفة رحمه الله انه وكله بالقبض واقامه
مقام نفسه فيه والقبض على نوعين قبض تام وهو ان يقبضه وهو يراه
وناقص وهو ان يقبضه مستورا لانه اذا قبضه مستورا لخياره باق
على حاله حتى يراه ولا يتم الصفقة مع بقاء الخيار فكان ناقصا والموكل
يملك بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهت
الوكالة بالقبض الناقص فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك لكونه اجنبيا
بعد انتهاء الوكالة وهنا لانه يملك القبض التام فالقبض يتضمن السقوط لكونه

الا ضرورة فاذا انفصل السقوط عن القبض بان كان بعده قصدا او قبله هو
بالرؤية لا يملكه اذا لم يوكله الا بالقبض فرع هذا بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام
الصفقة فلا يسوغ القبض معه وبخلاف خيار الشرط لانه لا يسقط بقبض الموكل
فلا يتصور فيه القبض التام فكذا بقبض الوكيل وبخلاف الرسول لانه لا
يملك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان
رسولا في الشرا او البيع والفرق بين التوكيل والارسال ان يقول في التوكيل
كن وكيلا في القبض وفي الارسال كن رسولا فيه اذا امرتك بقبضه وقوله
ونظر وكيله بالقبض احتراز عن الوكيل بالشرا فان نظره بالاجماع كنظر الموكل
تقييده بالقبض لما فيه من الخلاف ولم يقيد الرسول به لان نظره لا يكون
كنظر المرسل مطلقا سوا كان الرسول بالقبض او بالشرا قال وبيع
الاعمى وشراؤه جائز ويسقط خياره اذا اشترى بجس المبيع وشمه وذوقه وفي العقار
بوصفه اما صحة عقده فلانه مكلف محتاج فصار كالبصير واما سقوط
خياره بما ذكره فلان هذه الاشيا تفيد العلم لمن استعملها على ما بينا في البصر
وقوله يسقط خياره بجس المبيع الى اخره محمول على ما اذا وجد الجس منه قبل
الشرا واما اذا اشترى قبل ان يجس لا يسقط خياره به بل يثبت باتفاق الروايات
لما روينا ويمتد الى ان يوجد منه ما يدل على الرضا من قول او فعل في الصحيح
على ما بينا واكتفى بالوصف في العقار لانه لا سبيل الى معرفته الا به
والوصف قد يقام مقام الرؤية في حق البصير كما في السلم حتى لا يكون له خيار
الرؤية فيه بعد ما وصف فكذا في حقه وعن ابي يوسف انه اشترط مع ذلك ان يوقف
في مكان لو كان بصيرا لراه منه لان التشبه يقام مقام الحقيقة عند العجز
كتحريك الشفتين اقيم مقام القراة في حق الاخرس في الصلاة واجرا الموسى
على راس المحرم بالحج او العمرة عند التحلل وقال الحسن يوكل وكيلا يقبضه
له وهو يراه وهو اشبه بقول ابي حنيفة رضي الله عنه لان رؤية الوكيل
به كرؤية الموكل عنده على ما بينا وقال بعض ائمة بلخ يمسح الحيطان
والاشجار مع الوصف وان ابصر بعد الوصف وبعد ما وجد منه ما يدل على
الرضا فلا خيار له لان العقد تم به وانبرم فلا ينتقض بعد ذلك الا برضاهما
ولان خياره قد سقط به فلا يعود ولو اشترى البصير ثم عمي قبل الرؤية
انتقل الى الوصف لوجود العجز قبل العلم به قال ومن راى احد الثوبين
فاشتراهما ثم راى الاخر له ردهما لان رؤية احدهما لا تغني عن رؤية الاخر
للتفاوت فيبقى خياره فيما لم يره فيجوز رده لما روينا وليس له ان يرده
وحده لنهيه عليه السلام عن تفريق الصفقة فيردهما جميعا ضرورة ولا

بقاء لخياره ثبت بالنص فيما لم يره وفي منع الفسخ فيه وحده ابطال له وكان
باطلا الا انا نقول لخيار لا يمنع خيار الفسخ فيه وانما نقول اذا اختار الفسخ
فسخ فيه وفي الاخر احترازا عن التفريق فكان فيه عمل بموجبه وفيه جمع بين
الحديثين لان الذي لم يره يرد بالحديث الاول والذي راه بالثاني لان
الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده لخلل في الرضا بالعقد
وتمام الصفقة كما لا يتم بالايجاب وحده لعدم رضا الاخر بالصفقة ولذا لا يتم
مع خيار العيب قبل القبض لان العقد غير تام قبل القبض لانه لا يفيد
ملك التصرف وليس له ان يرد في القبض كما لا يرد في القبول وبعد القبض
لا يمنع تمام الصفقة لانهما قد رضيا بالعقد على تقدير السلامة وهي ثابتة
ظاهرا فلزم وتم ولهذا افاد العقد فيه ملك الرقبة والتصرف ولو كان في
رضاهما خلل لما افاد تحقيقه ان خيار العيب يثبت لفوات بعض اوصاف
المبيع وفوات بعض المبيع نفسه لا يمنع تمام الصفقة بعد القبض حتى يملك
التصرف فيه فهذا اولى والتفريق بعد ذلك لا يضر لانه تفريق في الفسخ اذ لم
يبق بعد تمامه الا الفسخ ولهذا لا يملك احدهما الفسخ به بعد القبض بل يفسخ
بقضا القاضي او بالتراضي ولو كان يمنع التمام لملكه كما في خيار الشرط وخيار
الرؤية وصار نظيرا للقبول في الانفراد به كما صار نظيره فيه قال ولا
يورث لخيار الشرط اي لا يورث خيار الرؤية كما لا يورث خيار الشرط لان الخيار
ثبت بالنص للعاقد والوارث ليس بعاقد فلا يثبت له ولان الخيار وصف له
فلا يجري فيه الارث على ما بينا قال ومن اشترى ما راى فله خيار ان تغير
والا اي ان لم يتغير لا يخير لان العلم بالمبيع قد حصل بالرؤية الاولى وقد
رضي به ما دام على تلك الصفة الا اذا لم يعلم عند العقد انه كان راه من قبل
فحينئذ يثبت له الخيار لعدم رضاه لان الرضا بدون العلم باوصافه لا يتحقق
وانما يخير اذا وجده متغيرا لان تلك الرؤية لم تقع معلمة له باوصاف المبيع
فصار كانه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع يمينه لان
الظاهر يشهد له والاصل بقاء ما كان على ما كان وكذا سبب اللزوم قد ظهر
فلا يصدق دعواه التغير الا ببينة الا اذا بعدت المدة لان الظاهر شاهد
له الا ترى ان الجارية الشابة تكون عجوزة بطول الزمان قال
رحمه الله ولو في الرؤية اي لو اختلفا في الرؤية كان القول قول المشتري
لانها امر حادث والمشتري منكر فيكون القول له مع يمينه قال ولو
اشترى عدلا وباع منه ثوبا او وهب رد بعيب لا بخيار رؤية او شرط
لان الرد قد تعذر فيما اخرجه عن ملكه ولا يمكنه ان يرد الباقي بخيار

الرؤية والشرط سواء كان قبل القبض أو بعده لما فيه من تفريق الصفقة
قبل التمام لأنهما يمنعان تمام الصفقة على ما ذكرنا وفي خيار العيب يملكه
التفريق بعد القبض على ما بيّنا وفيه وضع المسئلة فلو عاد إليه بسبب
هو فسخ فهو على خلاف الرؤية لارتفاع المانع من الرد وهو تفريق الصفقة
كذا ذكره شمس الأئمة رحمه الله وعن أبي يوسف أنه لا يعود لأن الساقط لا يعود
فصار كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري رحمه الله بخلاف ما إذا وهب
عبد المديون من له الدين أو عبد الجاني من ولي الجناية حتى سقط الدين
والجناية ثم رجع في الهبة حيث يعودان عند أبي حنيفة خلافا لمحمد والعذر
لأبي يوسف أن خيار الرؤية أضعف منهما والله سبحانه وتعالى أعلم

باب خيار العيب

وهو ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة قال ومن وجد بالمبيع عيبا أخذه
بكل الثمن أو ردّه لأن مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب فكانت
السلامة كالمشروط في العقد صريحا لكونها مطلوبة عادة فعند فواتها
يتخير كيلا يتضرر بإلزام ما لا يرضى به كما إذا فات الوصف المرغوب فيه
المشروط في العقد كمن اشترى عبدا على أنه خباز ونحوه فوجده بخلاف ذلك
ولكون السلامة كالمشروطة في العقد لا يحل له أن يبيع المعيب حتى يبين
عيبه لقوله عليه السلام لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيب إلا
بيّنه له رواه ابن ماجه وأحمد بمعناه ومر عليه السلام برجل يبيع طعاما
فأدخل يده فيه فإذا هو مبلول فقال من غشنا فليس منا رواه مسلم وغيره
وكتب عليه السلام كتابا بعد ما باع فقال فيه هذا ما اشترى العداء
ابن خالد بن هوذة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى منه عبدا
أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم للمسلم رواه ابن ماجه والترمذي
فإذا اختار الأخذ أخذه بجميع الثمن ولا ينقص من الثمن شيئا لأن الأوصاف
لا يقابلها شيء من الثمن بالعقد لكونها تبعا فلا تكون أصلا ولامراحاله
بخلاف ما إذا صارت مقصودة بالإتلاف بأن حدث العيب بفعل البائع
بعد البيع قبل القبض حيث يسقط من الثمن بحصته إذا اختار الأخذ لأن
الأوصاف يكون لها حصة بالإتلاف قصدا والمراد به عيب كان عند البائع
وقبضه المشتري من غير أن يعلم به ولم يوجد من المشتري ما يدل على الرضا
به بعد العلم بالعيب قال رحمه الله وما أوجب نقصان الثمن عند
التجار عيب لأن التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع
في معرفته عرفا أهله قال كالإباق والبول في الفراش والسرقة

لأنها توجب نقصان القيمة عندهم ثم إذا وجد شيء من هذه الأشياء من صغير
غير مميز لا يكون عيبا وإن كان مميزا يكون عيبا ويزول بالبلوغ فإن
عاوده بعد البلوغ يكون عيبا حادثا غير الأول لزوال الأول بالبلوغ
فيكونان مختلفين لاختلاف سببهما فإن البول قبل البلوغ لضعف في
المثانة وبعده لداء في الباطن والإباق قبل البلوغ لحب اللعب والسرقة
قبل البلوغ لقلة المبالاة وهما بعده لخبث في الباطن حتى لو وجد شيء منها
عند البائع قبل البلوغ ثم وجد عند المشتري بعد البلوغ ليس له أن
يرده لزوال الأول بالبلوغ ولو وجد عند البائع قبل البلوغ ووجد عند
المشتري أيضا قبل البلوغ يرده به ما لم يبلغ لاتحاد السبب وكذا إذا وجد
عند البائع بعد البلوغ وعند المشتري أيضا بعد البلوغ يرده لما
ذكرنا والسرقة لا تختلف بين أن يكون من المولى أو من غيره إلا إذا سرق
من المولى شيئا للأكل فإنه لا يكون عيبا فإن التقصير جاء من المولى حيث أحوجه
إليه وإن سرق طعاما من المولى ليبيعه يكون عيبا لأنه يأتمنه في حفظ
ماله ولو سرق الشيء اليسير نحو الفلس والفلسين لا يكون عيبا ولو نقب البيت
يكون عيبا وإن لم يأخذ وفي الإباق إذا خرج من البلد يكون عيبا لأن الإباق
إن أبق من المولى أو من رجل كان عنده بإجارة أو عارية أو وديعة بخلاف
ما إذا أبق من الغاصب إلى المولى أو إلى غيره إن لم يعرف منزله أو لم يقو على
الرجوع إليه وإن لم يخرج منه اختلفوا فيه والأشبه أن يقال إن كانت
البلدة كبيرة مثل القاهرة يكون عيبا وإن كانت صغيرة بحيث لا يخفى
عليه أهلها وبيوتها لا يكون عيبا قال والجنون لما ذكرنا وهو فساد
في الباطن لأن العقل معدنه القلب وشعاعه في الدماغ والجنون انقطاع
ذلك الشعاع وهو لا يختلف باختلاف السن حتى لو وجد عند البائع
في صغره وعاوده عند المشتري بعد الكبر يرده لأنه عين ذلك الأول
وقيل لا يشترط المعاودة عند المشتري بعد الكبر يرده بل إذا ثبت أنه كان
به جنون عند البائع يرده وإن لم يعاوده في يد المشتري لأنه قلّما يزول
والصحيح أنه لا يرده حتى يعاوده عنده لأن الله تعالى قادر على إزالته
فلا بد من المعاودة ومقداره أن يكون أكثر من يوم وليلة وما دونه لا يكون
عيبا وقال بعضهم المطبق عيب وما دونه لا يكون عيبا قال والبخر والذفر
والزنا وولده في الجارية يعني هذه الأربعة يكون عيبا في الجارية دون
الغلام لأنه يخل بالمقصود فيها وهو الاستفراش وطلب الولد لا في الغلام
لأن المطلوب منه الاستخدام وهذه الأشياء لا تخل به لأنه يستخدم من بعد

وكونه اذفر وابخر او ولد زنا لانه يمنع منه الا ان يكون فاحشا بحيث يمنع القرب
من المولى او يكون الزنا عادة له لان الفاحش من الدفر والبخر يكون من داء
وهو عيب واتباع النسا يشغله عن الخدمة وذلك بان يتكرر منه الزنا
اكثر من مرتين والعيوب كلها لا بد لها من المعاودة عند المشتري حتى يرد
الا الزنا في الجارية فانه روي عن محمد رحمه الله في الامالي لو اشترى جارية
بالغة وقد كانت زنت عند البايع فللمشتري ان يردها وان لم تزن عنده
للحوق العار بالاولاد وفي نوادر بشر عن ابي يوسف رجل اشترى جارية فابقت
عنده ثم وجدها واستحقها مستحق ببينة فعيب الاباق لازم لها ابدا وهذا
نص على ان الاباق ليس لا يشترط معاودته فعلى هذا يرجع المستحق بنقصان
العيب عليه وان لم يعاودها عنده وكذا من اشترى منه يردها عليه من غير
معاودة عنده والاول هو الظاهر وقد ذكر وجهه وقال الشافعي في ظاهر الكلا
الزنا في الغلام عيب كالسرقة قلنا لا تنقص قيمته بالزنا ولا يعد عيبا
عادة الا اذا اكثر منه بخلاف السرقة فان المولى يشق عليه حفظ ماله عنه
وكذا حده اعظم وهو قطع اليد من حد الزنا وهو الجلد قال والكفر
في الغلام والجارية هو عيب لان طبع المسلم ينفر عن صحبته للعداوة الدينية
ولا يجوز اعتاقه عن كفارة القتل فيخل الرغبة فيه ولو اشتراه على انه
كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زوال العيب وقال الشافعي رحمه الله يرده
لفوات الوصف المرغوب فيه لان استعماد الكافر اولى لانه مطلوب المسلم
والحجة عليه ما ذكرناه قال وعدم الحيض والاستحاضة ارتفاعه
واستمرار الدم امارة الداء وهذا لان الحيض مركب في بنات ادم فاذا لم
تحض فالظاهر انه لداء فيها وذلك الداء هو العيب وكذلك الاستحاضة
لداء فيها ولا يسمع دعواه بانه ارتفع الا اذا ذكر سببه وهو الداء او الحبل
فان لم يذكر احدهما لا يسمع دعواه بانه ارتفع الا اذا ذكره ويعتبر في الارتفاع
اقصى غاية البلوغ وهو سبعة عشر سنة عند ابي حنيفة ويعرف ذلك بقول
الامة لانه لا يعرفه غيرها ويستحلف البايع مع ذلك ان كان بعد القبض
فترد بنكوله وان كان قبله فكذلك في الصحيح وعن ابي يوسف رحمه الله انه
يرد بلا يمين البايع لضعف البيع قبل القبض حتى يملك المشتري الرد بلا
قضاء ولا رضا وصح الفسخ للعقد الضعيف بحجة ضعيفة قالوا في ظاهر الرواية
لا يقبل قول الامة فيه ذكره في الكافي ولو ادعى انقطاعه في مدة قصيرة
لا يسمع دعواه وفي المديدة يسمع واقلها ثلاثة اشهر عند ابي يوسف واربعة
اشهر وعشر عند محمد وعن ابي حنيفة وزفر انها سنتان وجملة الامر فيه انه

اذا

اذا ادعى انقطاعه واحسن دعواه على ما ذكرنا سال القاضي البايع فان
اقر بما ادعاه المشتري ردها على البايع وان انكر قيام العيب للحال
وهو الانقطاع لا يحلف عند ابي حنيفة على ما يجي ان شا الله تعالى وان اقر
بقيامه في الحال وانكر انه كان عنده يحلف فان حلف برئ وان نكل رد عليه
وان اقام المشتري البينة على ان الانقطاع كان عند البايع قال في
الكافي لا يقبل لانهم لا يعرفون انقطاعه فيتيقن القاضي بكذبهم بخلاف
ما اذا شهدوا انها مستحاضة لان الاستحاضة دوام الدم فيطلع عليه وذكر
في النهاية معزيا الى فتاوى الفضلي ان المرجع في الحبل الى قول النسا
وفي الدا الى قول الاطبا واشترط لثبوت العيب فيها قول عدلين منهم وقال
بخلاف ما لم يطلع عليه الرجال حيث يثبت بقول امراة واحدة ثم ذكر نحو
مثل ما ذكر في الكافي وعزاه الى الفوايد الظهيرية ثم اذا ثبت العيب
بقول المراة يحلف البايع على انه لم يكن عنده لان المشتري لا يرده لعيب
حادث عنده وانما يرد بعيب كان عند البايع فلا بد من اليمين قال
والسعال القديم لان دوامه يدل على الدا وينقص بسببه قيمته قال والدين
لان ماليته تكون مشغولا به ويتقدم الغرما على المولى قال والشعر
والماء في العين لانهما يضعفان البصر ويورثان العمى قال والمصنف
والماتن الحنفي رحمه الله فلو حدث اخر عند المشتري رجع بنقصانه او رد
برضا بايعه اي لو حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البايع
فله ان يرجع بالنقصان وليس له ان يرده الا برضا البايع لان بالرد اضرارا
بالبايع لانه خرج عن ملكه سالما عن العيب الثاني ولا بد من دفع الضرر
عنهما فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البايع باخذه لانه رضي بالتزام
الضرر فيتخير المشتري حينيذ ان شا رده وان شا رضي به وليس له ان يرجع
بالنقصان بعد ما رضي به البايع لزوال الموجب لذلك وهو امتناعه
من اخذه بخلاف ما اذا خاط الثوب قميصا ثم اطلع على عيب حيث يرجع عليه
بالنقصان وليس له ان ياخذ الثوب لان امتناع الرد هناك لحق الشرع كيلا
يلزم الربا فلا يقدر على اسقاطه وهنا امتنع لحق البايع فيسقط باسقاطه
ولا يقال ان الاوصاف لا يقابلها شي من الثمن فكيف يرجع عليه بالنقصان
لانا نقول اذا صارت مقصودة يقابلها وتصير مقصودة باحد امرين اما
بالاتلاف حقيقة كما اذا قطع البايع يدها قبل القبض فانه يسقط من الثمن
بقدره وهو النصف واما بالمنع حكما اذا امتنع الرد لحقه او لحق الشرع بان
نقص او زاد لان الجزء الفايت صار حقا للمشتري بالعقد ووجب عليه

تسليمه فاذا عجز صار راضيا بذلك الجزء كما فيه فيرد عليه المبيع ان امكن
دفعا للضرر عنه ولا يرجع عليه بالنقصان لاندفاع الضرر به وان لم يمكن رجع
عليه بحصته من الثمن وصار له حصته من الثمن لكونه مقصودا بالبيع حكما
فاعتبر الحكم للضرورة عند تعذر دفع الضرر عنه بغيره وطريق معرفته
ان يقوم وبه هذا العيب ثم يقوم وهو سالم فاذا عرف التفاوت بين
القيمتين رجع عليه بحصته من الثمن حتى اذا كان عشر القيمة مثلا رجع عليه
بعشر القيمة وان كان ثلاثا فثلثه لان رد البدل عند تعذر المبدل
كرده حقا وردا لكل المبيع يرجع عليه بكل الثمن ولنا ان حق الرد ثبت
للمشتري ليدفع به الضرر عن نفسه على وجه لا يتضرر به البايع وبعد ما تعيب
عنده لو رد لتضرر به البايع لانه خرج عن ملكه سليما عن العيب الحادث عنده
ويعود اليه معيبا به فلا يلزمه وضرر المشتري امكن دفعه بالرجوع
عليه بحصته من الثمن فلا يصار اليه اصلا الا لو رضي البايع باخذ المبيع
بعيبه فقد التزم الضرر باختياره وليس له ان يرجع على المشتري كما لا يرجع
المشتري بشيء على البايع اذا رضي باخذ المعيب وانما قال مراعاة حق المشتري
اولى عند تعارض الحقين لما ان البايع لبس عليه وصار مغرورا من جهته فترجح
مراعاة حقه لذلك الا ان يتولد ذلك من معصية منه والمعصية لا تنافي عصمة
مال العاصي الا ترى ان من غصب ثوبا فخاطه او صبغه لا يسقط عصمته ه
قال ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لان القطع
عيب حادث وقد بينا انه يمنع الرد ويوجب الرجوع بالنقصان بخلاف ما اذا
اشترى بطيخا فكسره فوجده فاسدا حيث لا يرجع بالنقصان عند ابي
حنيفة رحمه الله والفرق له ان الكسر افساد المالية لانه يصير به عرضة للنتن
والفساد ولهذا لا يقطع السارق بسرقته فاصل قيام ماليته بفعله فصار
كاتلافه كما اذا كان عبدا فقتله او اكله قال وان قبله
البايع كذلك له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضي به بخلاف ما اذا كان
الامتناع لزيادة فيه حيث له اخذه لان الامتناع لحق الشرع على ما بينا ه
قال وان باعه المشتري لم يرجع بشيء لانه صار حابسا له بالبيع اذ الرد
غير ممتنع بالقطع برضا البايع على ما بينا فكان مفوتا للرد بخلاف ما اذا خاطه
ثم باعه حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان لانه لم يصر حابسا له بالبيع لامتناع
الرد قبله بالخياطة من غير علم بالعيب وبيعه بعد امتناع الرد لا تاثير له
قال فلو قطعه وخاطه او صبغه او لت السويق بسمن فاطلع على عيب رجع
بنقصانه كما لو باعه بعد رويته العيب يعني لو باعه في هذه الصور وانما

يرجع

يرجع بالنقصان لتعذر الرد بسبب الزيادة اذ الفسخ في الاصل بدون الزيادة
لا يمكن لانها لا تنفك عنه ومع الزيادة ايضا لا يمكن لان العقد لم يرد عليها
فكذا الفسخ اذ هو لا يرد الا على عين ما ورد عليه العقد والا لما كان فسخا
ولو اخذه لكان ربا ايضا على ما بيناه فاذا امتنع الرد بسبب الزيادة لا ياتي
للبيع الامتناع قبله فلا يصير به حابسا بخلاف القطع من غير خياطة على ما
ذكرنا وبخلاف ما اذا زاد المبيع زيادة متصلة كالسمن والجمال حيث لا يمنع الرد
بالعيب في ظاهر الرواية ويصير بالبيع بعدها حابسا له لان الزيادة
في مثلها تبع محض لكونها وصفا له فلا يمنع الفسخ فحاصله ان الزيادة نوعان
متصلة ومنفصلة فالمتصلة ضربان متولد من الاصل كالجمال وغير متولد
منه كالصبغ وقد ذكرنا حكمهما والمنفصلة ايضا نوعان متولد من المبيع كالولد
والثمرة واللبن ونحو ذلك فانه يمنع الرد لانه لا وجه الى الفسخ فيهما
مقصودا لان العقد لم يرد عليهما ولا تبعا لانفصالهما ولا الى الفسخ في الاصل
وحده بدون الزيادة لانه يودي الى الربوا لان المشتري اذا رد المبيع واخذ
الثمن يبقى الزيادة في ملكه بلا عوض والنوع الثاني من هذا النوع زيادة غير
متولدة من الاصل كالكسب فانه لا يمنع الرد بالعيب والفسخ فاذا فسخ يسلم
للمشتري مجانا لانه ليس بمبيع بحال لما انه متولد من المنافع والمنافع ليست بجزء
للعين ولهذا لا يتبع الكسب الكاسب في الحرية والكتابة والتدبير والاستيلاد
حتى لا يكون اكتسابهم لهم ولا يلزم من حصولها للمشتري مجانا لانه ليس
بجزء للمبيع فلم يملكه بالثمن وانما ملكه بالضمان وبمثله يطيب الربح لما روي
انه عليه السلام قضى ان الخراج بالضمان رواه مسلم والبخاري وغيرهما وفي
رواية ان رجلا ابتاع غلاما فاستغله ثم وجد به عيبا فرده بالعيب ه
فقال البايع غلة عبدي فقال النبي صلى الله عليه وسلم الغلة بالضمان ه
رواه احمد وابو داود وابن ماجه اذا ثبت هذا فنقول ان كل موضع يكون
المبيع قائما فيه على ملك المشتري ويمكنه برضا البايع فاخراجه عن ملكه ه
يمنع الرجوع بالنقصان لكونه مفوتا له وكل موضع يكون المبيع قائما فيه ه
ولا يمكنه الرد وان رضي به البايع فاخراجه عن ملكه لا يمنع الرجوع بنقصان
العيب لانه لم يصر مفوتا بالاخراج بل كان ممتنعا قبله ولهذا قلنا ان من
اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم وجد به عيبا
لا يرجع بنقصان العيب لانه صار مملكا له بالقطع قبل الخياطة في وقت
لا يمتنع الرد ولو كان الولد كبيرا رجع بالعيب لانه لم يصر مملكا له الا بتسليمه
اذ لا ولاية له عليه فحصلت الخياطة من غير علم بالعيب في ملك الاب فامتنع

الرد به ثم حصل التمليك بعد ذلك بالتسليم فلا يمنع الرجوع بالنقصان انتهى
قال أو مات العبد أو أعتقه أي الخياطة ونحوها لا تمنع الرجوع بنقصان
العيب كما لا يمنع البيع بعد الزيادة على ما تقدم وكما لا يمنع فلأن الملك ينتهي
به لأن الملك في محل الحيوة ثبت باعتبارها فينتهي بانتهائها وامتناع رده على
البائع حكمي لا بفعل من المشتري فلا يمنع الرجوع بالنقصان وأما الإعتاق فالمراد
به إعتاق وجد منه قبل العلم بالعيب وإن أعتقه بعد العلم به فلا يرجع بالنقصان
لأن إقدامه على الإعتاق يدل على رضاه به والقياس فيه أن لا يرجع بالنقصان وإن
كان قبل العلم بالعيب وهو قول الشافعي لأن امتناع الرد بفعله فصار كالقتل
وجه الاستحسان أن الإعتاق إنهاء للملك لأن الملك في الآدمي ثبت على منافاة
الدليل إلى غاية العتق والشيء ينتهي بمضي مدته والمنتهي متقرر في نفسه فيجعل
كأن الملك فيه باق وتعذر رده ولهذا أثبتنا الولاء له بالعتق وهو من آثار الملك
فبقاؤه كبقاء الملك والتدبير والاستيلاد كالإعتاق لتعذر الرد فيهما
بالأمر الحكمي مع بقاء الملك حقيقة ولو أعتقه على مال لم يرجع بشيء لأنه حبس بدله
وهو كحبس المبدل وعن أبي حنيفة أنه يرجع لأنه إنهاء للملك وإن كان بعوض لأن
العوض والمعوض ملكه فكان كالعتق بلا عوض والكتابة مثل الإعتاق على مال
لحصول العوض فيها كالبيع وإن عجز المكاتب ينبغي أن يرده بالعيب لزوال المانع
وهذا كما قلنا إذا أبق العبد المبيع ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان
لأن الرجوع خلف عن الرد فلا يصار إلى الخلف ما دام مرجوا لأن رجوعه موهوما
فيمكن رده فإذا رجع رده لزوال المانع ولو اشترى المكاتب أباه أو ابنه ثم اطلع
على عيب لا يرده لأنه تكاتب عليه فلا يمكن إخراجه عن ملكه ولا يرجع بالنقصان
لأنه خلف عن الرد ولم يقع اليأس عنه بخلاف التدبير والاستيلاد ولو عجز المكاتب
يرده مولاه ويتولاه العبد لأنه هو الذي اشتراه فكان حقوقه إليه كما لو
اشترى عبدا ثم عجز واطلع المولى على العبد عيبا فيه فإنه يرده ويتولاه
المكاتب لأنه هو العاقد **قال** رحمه الله فإن أعتقه على مال أو قتله
أو كان طعاما فأكله أو بعضه لم يرجع بشيء أما العتق على مال فقد ذكرناه
وأما القتل فلأن الرد امتنع بفعله وهو مضمون عليه وإنما سقط الضمان
عنه باعتبار أنه ملكه فصار مستفيدا بهذا الملك من حيث دفع الضمان عن نفسه
فصار كأنه سلم له الضمان معنى ألا ترى أنه لو لم يكن ملكا له لوجب عليه
ضمانه وعن أبي يوسف أنه يرجع بالنقصان لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم
دنيوي فصار كما لو تحتف أنفه فيكون إنهاء للملك وجوابه ما ذكرنا وهذا
بخلاف ما إذا صبغ الثوب أو فعل فيه نحوه حيث يرجع بالنقصان مع امتناع الرد

بفعله

بفعله لأن هناك امتناع الرد بسبب زيادة المبيع لحق الشرع على ما بينا والعين
قائم على حاله ولم يحصل له عوض فلم يوجد ما يمنع الرجوع فصار نظير الاستيلاد
والتدبير والإعتاق وأما أكل الطعام فالمذكور هنا قول أبي حنيفة وعندهما
أن يرجع بالنقصان وهو قولهما لأنه فعل في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد
فعله فيه فأشبه الإعتاق وجه الاستحسان أن الرد قد تعذر بفعل مضمون منه وإنما
سقط الضمان عنه باعتبار أنه ملكه فصار كالإحراق بالنار وقتل العبد وكونه
مقصودا لا تأثير له فيه ألا ترى أن البيع مقصود بالشرى ومع ذلك يمنع منه والأصل
في جنس هذه المسائل أن الرد متى امتنع لفعل مضمون من المشتري كالقتل والتمليك
من غيره امتنع الرجوع بالنقصان ومتى امتنع لا من جهته أو من جهته بفعل غير مضمون
كالهلاك بلا فعله أو انتقص أو زاد زيادة مانعة من الرد أو الإعتاق
أو توابعه كالتدبير والاستيلاد لا يمنع من الرجوع بالنقصان وإذا أكل بعض
الطعام فكذا الجواب عنده وليس له أن يرد الباقي ولا أن يرجع بنقصانه لأنه
كشيء واحد فلا يرد بعضه دون بعض وعندهما يرجع بنقصان العيب في الكل وليس
أن يرد الباقي لأن الطعام كشيء واحد فيتعيب بالتبعيض وأكل الكل لا يمنع الرجوع
فالبعض أولى وعنهما أنه يرد الباقي ويرجع بنقصان ما أكل لأن التبعيض لا يضره
وإن باع بعضه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لا في الزائل عن ملكه ولا
في الباقي لأن امتناع الرد بفعله وهو مضمون عليه وعند زفر يرجع بنقصان
الباقي **قال** ولو اشترى بيضا أو قثاء أو جوزا فوجده فاسدا لا ينتفع
به رجع بنقصان العيب لأن الكسر عيب حادث إلا إذا رضي به البائع لأنه
أسقط حقه وقال الشافعي إذا كسر مقدار ما لا بد منه للعلم بالعيب يرده
لأن البائع سلطه عليه وكأنه فعله بنفسه قلنا رضي بكسر في ملك المشتري
لا في ملك نفسه فيجب رعاية حقهما بالرجوع بنقصان العيب على ما بينا من قبل
فصار كما لو باع ثوبا فقطعه ثم اطلع على عيب ولو علم بصفته قبل الكسر رده
لإمكانه **قال** وإلا فبكل الثمن أي إن لم ينتفع به رجع بكل الثمن لأنه ليس بمال
وكان البيع باطلا قالوا هذا يستقيم في البيض لأنه لا قيمة لقشره وكذا في
الجوز إذا لم يكن لقشره قيمة وأما إذا كان لقشره قيمة بأن كان في موضع توقد قشره
كما في مواضع الزجاجين فقيل يرجع بحصة اللب ويصح البيع في القشر
بحصته لأنه مال متقوم فصار محلا للبيع وقيل يرد القشر ويرجع بكل الثمن
لأن مالية الجوز باعتبار اللب دون القشر فإذا لم ينتفع بلبه فات محل البيع
فكان باطلا وإن كان لقشره قيمة هذا إذا ذاقه فتركه فإن تناول
منه شيئا بعدما ذاقه فلا يرجع عليه بشيء لأنه صار به راضيا بالتعيب وينبغي

ان يكون على الخلاف الذي ذكرنا في الطعام هذا اذا كسر من غير علم به ولو كسر
بعد العلم به لا يرده ولا يرجع بالنقصان لان كسره بعد العلم دليل الرضا
وقالوا هذا اذا وجده خاويا وان فيه قليل لب شيئا كله نقض العقد او
ينفسخ للعقد فتوم قبيل العيب وحكمه ما ذكرنا وقالوا في بيض النعامة
اذا وجده فاسدا بعد الكسر يرجع بنقصان العيب لان ماليته باعتبار القشر
بخلاف غيره مما ذكرنا وان وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا
لانه لا يخلو عن القليل من الفاسد عادة فلا يمكن التحرز عنه وذلك مثل الواحد
والاثنان من كل مائة فليس له ان يخاصم البائع بسببه وان كان اكثر من ذلك
فيه فقليل باطل عند ابي حنيفة وعندهما يجوز بحصة الصحيح منه لانه بمنزلة
ما لو فصل ثمنه لانه ينقسم ثمنه على اجزائه كالمكيل والموزون لا على قيمته وقيل
العقد لا يجوز عند الكل لانه لم يفصل الثمن والاول اصح لما عرف من قواعدهم
قال ولو باع المبيع فرد عليه بعيب بقضاء يرده على بائعه ولو برضا لا
اي لو اشترى شيئا ثم باعه فرد عليه بالعيب له ان يرده على بائعه ان كان رد
عليه بقضاء لان الرد بالقضاء فسخ في حق الكل فيكون كانه لم يبعه وان كان
الرد بالتراضي من غير قضاء القاضي لا يرده على بائعه وقيل في عيب لا يحدث
مثله كالاصبع الزائدة يرد للتيقن به عند البيع الاول والاصح انه لا يرده عليه
في الكل لان الفسخ بالتراضي بيع جديد في حق غيرهما اذ لا ولاية لهما على غيرهما
بخلاف القاضي لان له ولاية عامة فينفذ قضاؤه على الكل وهذا اذا كان
الرد بعد القبض وان كان قبله فله ان يرده على بائعه وان كان بالتراضي
في غير العقار لان بيع غير العقار المبيع قبل القبض لا يجوز فلا يمكن جعله
بيعا جديدا في حق غيرهما فجعل فسخا في حق الكل على ما بيناه في الاقالة ان
شاء الله تعالى وفي العقار اختلاف المشايخ على قول ابي حنيفة والاظهر انه
بيع جديد في حق البائع الاول لان العقار يجوز بيعه قبل القبض عنده
فليس له ان يرده على بائعه كانه اشتراه بعدما باعه وعند محمد فسخ لانه لا يجوز
بيعه قبل القبض عنده وعند ابي يوسف بيع في حق الكل على ما عرف من مذهبه
ولا فرق بين ان يكون قضاء القاضي ببينة او باقرار او بنكول لان قضاءه
فسخ في حق الكل وقال محمد لا يرد على بائعه ان رد عليه ببينة لانه انكر
قيام العيب به فيكون اقرارا منه على انه سليم قلنا قد صار مكذبا شرعا
فبطل اقراره وقال زفر رحمه الله لا يرده على بائعه اذا كان القضاء باقرار
او نكول لان اقراره لا ينتقل في حق غيره فلا يكون حجة على بائعه فلا يصير
فسخا في حقه كالفسخ بالتراضي وهذا لان القاضي مضطر الى القضاء من جهته

فا

فانتقل الفعل اليه لان فعل المكره منسوب الى المكره قلنا لا ينتقل
فعل المكره الى المكره الا فيما يصلح آلة له كما في القتل فانه يمكنه ان يأخذه
ويضربه به واما في ما لا يصلح فلا ينتقل اليه كما في الاكراه على الطلاق والعتاق
لانه يوقعهما بكلامه والمكره لا يصلح ان يكون آلة له فيه او لا يقدر ان يتكلم بلسان
غيره والقاضي لا يصلح ان يكون آلة له فلا ينتقل اليه فان قيل لما اثبت سبب
الفسخ وهو النكول او الاقرار بالعيب كان راضيا بحكم السبب فلا يلزم بائعه
قلنا المسئلة مفروضة فيما اذا اقر بالعيب وابى القبول فرده عليه القاضي
جبرا والفسخ لا يثبت باقراره لا بنكوله بل بقضاء القاضي فينفذ قضاؤه في
حق الكافة فكان له ان يرده على بائعه لانه لما فسخ العقد بينهما عاد الى
قديم ملكه فصار كانه لم يخرج عن ملكه وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه
بالعيب بقضاء القاضي حيث يكون ردا على الموكل لان المبيع فيه واحد وقد
فسخ والموجود هنا صفقتان فينفسخ احدهما لا ينفسخ الاخر فاذا عاد قديم ملكه
كان له ان يرده لظهور الفسخ في حق الكافة على ما بينا ولا يقال لو كان القضاء
فسخا في حق الكافة لبطل حق الشفيع به في الشفعة ولو كان للاب البائع ان
يدعي ولد المبيعة المولود عند المشتري قبل الفسخ او بعده فيما اذا كان المبيع
جارية حبلى ولبطلت الحوالة بثمنه على المشتري لارتفاع العقد من الاصل
فكانه لم يبع لانا نقول حكم الفسخ يظهر فيما يستقبل الا فيما مضى وهذه
الاحكام وهو ثبوت الشفعة وسقوط دعوة الاب وبراءة ذمة المحيل كانت
ثابتة قبل الفسخ بالبيع او بالحوالة فلا يسقط بالفسخ الا ترى ان الواهب
اذا رجع في الهبة كان فسخا في حق ما يستقبل من الاحكام لا في حق ما مضى حتى لا
يجب على الواهب زكوة ما مضى من السنين وقال شيخ الاسلام قول القائل بان
الرد بالقضاء فسخ بالعقد وجعل له كانه لم يكن ليس فضلا لان العقد اذا اصل
كان لم يكن جعل الفسخ ايضا كان لم يكن لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون
من الاصل فاذا انعدم الفسخ عاد العقد لانعدام ما ينافيه فيتمكن في هذه
الدعوى دور ومنها فيض من هذا الوجه ولكن يقال يجعل العقد كان لم يكن
في حق المستقبل دون الماضي **قال** ولو قبض المشتري المبيع وادعى
عيبا لم يجبر على دفع الثمن ولكن يبرهن او يحلف بائعه اي لم يجبر المشتري على دفع
الثمن بعد دعوى العيب لاحتمال ان يكون صادقا فيه فلا يجب عليه دفع
الثمن لانه لو اجبر واخذ منه الثمن فربما يثبت المشتري العيب فيسترد من
البائع فيكون اشتغالا بما لا يفيد وفيه نقض القضاء فلا يقضى اليه حتى
يتبين حاله ولان المشتري منكر وجوب دفع الثمن عليه حيث انكر تعين حقه

بدعوى العيب وكان وجوب دفع الثمن اولا ليتعين حق البايع فيه بازاء تعين
حق المشتري في المبيع وقوله ولكن يبرهن اي يقيم البينة لاثباته العيب
وكيفية اثباته بقيم البينة اولا ان العيب عنده وليس له ان يرده بالعيب
وان كان به عند البايع لاحتمال انه زال فاذا اقام البينة انه وجد فيه
عنده يحتاج الى اقامة البينة على ان هذا العيب كان به عند البايع لاحتمال
انه حدث عنده فلا يستحق عليه الرد فاذا اثبت انه كان فيه عند البايع فسخ
العقد بينهما لثبوته في الحالين عنده وعند البايع وصورة التحليف ان يحلف
البايع ان هذا العيب لم يكن فيه عندك وذلك بعد اقامة المشتري البينة
انه وجد فيه عنده اي عند المشتري لان البايع لا ينتصب خصما حتى يقيم المشتري
البينة على قيام العيب في الكل على ما بينا ولو لم يكن للمشتري بينة على وجود
العيب عنده وقيامه في الحال هل يحلف المشتري فعلى قول ابي يوسف ومحمد
يحلفه لانه لو اقر به لزمه فاذا انكره حلف ولان الدعوى معتبرة حتى ترتب
عليها البينة فكذا التحليف عند العجز عنها فان حلف بري وان نكل ثبت قيام
العيب للحال ثم يحلف ثانيا على ان هذا العيب لم يكن فيه عنده فان حلف
بري وان نكل فسخ القاضي العقد بينهما لثبوت العيب في الحالين على ما بينا
في البينة واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة وقال بعضهم يحلف لما ذكرنا وقال
بعضهم لا يحلف وهو الاصح لان الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا يصح الدعوى
الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب عنده ولا يلزم من ترتب
البينة ترتب اليمين كما في الحدود والاشياء الستة وهذا لان البينة
للالزام فلا يشترط فيها تقدم الدعوى واليمين لقطع الخصومة فلا بد
من الدعوى الصحيحة وذلك بقيام العيب فيه لان التحليف شرع لدفع
الخصومة المتحققة لا لانشائها ولو حلف البايع هنا لا ينقطع الخصومة
بينهما بل ينشاها لانه اذا نكل ثبت قيام العيب به في الحال ثم تنشا خصومة
اخرى فيحلف ثانيا على انه لم يكن عنده على ما بينا ويرد على هذه مسئلة
الشفعة وبيانه ان الشفيع اذا تقدم الى القاضي وطلب الشفعة فان القاضي
سال المدعا عليه عن التي يشفع بها فاذا اقر بانها ملكه صار خصما فيسئله
هل ابتاع ام لا وان لم يقر ولم يكن للشفيع بينة انها ملكه استحلف المشتري
ما يعلم انها ملكه فان نكل ثبت انها ملكه ثم تنشا خصومة اخرى فان القاضي
يسئله هل ابتاع ام لا وهذا تحليف لانشاء الخصومة ذكره القدوري
ولم يحك فيه خلافا **قال** وان قال شهودي بالشام دفع ان حلف بايعه
اي اذا قال المشتري شهودي في الشام استحلف البايع فان حلف دفع اليه

الثمن

الثمن في الانتظار ضررا بالبايع وليس في دفع الثمن اليه كثير ضرر على
المشتري لانه على حجته متى اقام البينة رد عليه المبيع واخذ منه الثمن وان
نكل البايع لزم البيع لانه حجة فيه بخلاف الحدود حيث لا يكون النكول فيها
حجة ولهذا لم يحلف فيها وكيفية التحليف ما بيناه **قال** فان ادعى
اباقا لم يحلف بايعه حتى يبرهن المشتري انه ابق عنده فان برهن حلف بالله
ما ابق عندك قط اي اذا ادعا المشتري ان العبد الذي اشتراه ابق فانكر
البايع واراد المشتري تحليفه لا يحلف البايع حتى يقيم المشتري بينة
انه ابق عند نفسه فاذا اقام حلف لما ذكرنا ان البايع لم ينتصب خصما حتى
يثبت المشتري ان العيب وجد فيه عند المشتري وهذا قول ابي حنيفة
وعندهما يحلف وقد بيناه انفا وقوله ما ابق عندك قط فيه ترك النظر
للمشتري والاحوط ان يحلف بالله ما ابق قط او بالله ما يستحق عليك الرد من
الوجه الذي ذكره او بالله لقد سلمه وما به هذا العيب لانه يحتمل انه باعه
وقد ابق عند غيره وبه يرد عليه وفيما ذكره ذهول عنه ولو كان الدعوى في اباق
العبد الكبير يحلف بالله ما ابق منذ بلغ الرجال لان الاباق في الصغر يزول
بالبلوغ فلا يوجب الرد على ما بيناه من قبل ولا يحلفه بالله لقد باعه وما
به هذا العيب لانه قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو يوجب الرد وكذا
لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لانه يوهم تعلقه بالشرطين
فيتناوله في اليمين عند قيامه في احدى الحالتين مع حالة التسليم وانما كان
التحليف على البتات هنا وان كان التحليف على فعل الغير على العلم لان
البايع يدعي تسليمه سليما فيكون مدعيا للعلم به فيحلف على ما يدعي الا
ترى ان المودع لو قال ان المودع قبض الوديعة يحلف على البتات لادعائه
العلم بذلك وان كان القبض فعل غيره وكذا الوكيل لو ادعا ان الموكل قبض
الثمن يحلف على البتات لما قلنا وانما يحلف على العلم ان لو ادعا انه لا علم له
به وهذا في العيوب التي لا يظهرها القاضي ولا نعرف اهي حادثة عند المشتري
ام لا واما العيوب التي لا يحدث مثلها كالاصبع الزايدة او الناقصة فان
القاضي يقضي بالرد من غير تحليف لتيقنه بوجوده عند البايع الا اذا ادعا
البايع رضا المشتري به واثبته بطريقه فحاصله ان العيوب انواع احدها
ان يكون ظاهرا للحاكم فحكمه ما ذكرنا والثاني ما لا يعرفه الا الاطبا كالوجع
الكبد والطحال فطريقته اذا انكر البايع بقول الاطبا فيقبل في قيام
العيب للحال وتوجه الخصومة قول واحد منهم عدل ثم لا بد من عدلين
لاثباته عند البايع فيرد عليه اذا لم يدع الرضا به والثالث عيوب

ما يعرفه الا النسا كالرتق والقرن فيقبل فيه قول امراة واحدة
ثقة ثم ان كان بعد القبض لا يرد بقولهن بل لا بد من تحليف البايع وان كان
قبله فكذلك عند محمد وعند ابي يوسف يرد بقولهن من غير يمين البايع والرابع
عيوب غير ظاهرة للقاضي ولا تختص بمعرفتها الاطبا ولا النسا كالاباق
ونحوها فحكمها ما ذكرنا **قال** والقول في قدر المقبوض للقابض لانه
هو المنكر حتى اذا رد المشتري بعيب لجارية او عند العبد المقبض فقال البايع
كنت بعتك معه غيره وقال المشتري بعتكه وحده فالقول قول المشتري
لان القول للقابض امينا كان او ضمينا كالغاصب والمودع ولان البايع يدعي
تقرر الثمن في ذمته وهو جهة الاخر والمشتري ينكره فالقول قول المنكر
مع يمينه وكذا لو اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا **قال**
ولو اشترى عبدين صفقة فقبض احدهما ووجد باحدهما عيبا اخذهما او ردهما
معناه ليس له ان ياخذ السليم ويرد المعيب بل ياخذهما او يردهما لان في اخذهما
تفريق الصفقة قبل التمام لان الصفقة تتم بقبضهما والتفريق في القبض
كالتفريق في القبول لان القبض له شبه بالعقد لكونه مفيدا ملك التصرف
ومؤكدا الملك الرقبة وعن ابي يوسف انه اذا وجد العيب بالمقبوض له ان يرده
وحده لان الصفقة تمت فيه لتناهيها في حقه قلنا تمام الصفقة
تعلق بقبض المبيع لا يتم ببقاء جزء منه اذ متى لا تقبل التجزية في الاتمام الا ترى
ان حبس المبيع لما تعلق بطلانه بقبض الثمن لا يسقط الا بقبض كله وبقي
بقاء جزئه فكذا اتمام الصفقة لما تعلق بقبض المبيع لا يتم ببقاء جزء منه
اذ متى لا تقبل التجزية في هذا المعنى **قال** ولو قبضهما ثم وجد باحدهما
عيبا رد المعيب وحده **قال** زفر ليس له الا يردهما وجه قوله لان فيه
تفريق الصفقة ويتضرر البايع به لان العادة جرت بضم الجيد الى الردي
فاشبه ما قبل القبض وخيار الشرط والروية ولنا انه تفريق الصفقة
بعد التمام لان الصفقة تتم بالقبض ولان العيب لا يمنع تمام الصفقة
فيكون الفسخ بعد انبرامه في ملك المشتري من كل وجه فلا يمتنع التفريق
فيقتصر على ما وجد فيه علة الرد الا ترى انه لو استحق احدهما بعد القبض
لم يتخير في الباقي لتمامه بالقبض وان استحق قبله كان له ذلك كيلا تتفرق
عليه الصفقة قبل التمام بخلاف خيار الشرط والروية لان الصفقة
لا تتم معهما وان كان بعد القبض لعدم تمام الرضى ويتضرر البايع من قبل
تدليسه فلا يعتبر في حق المشتري كذا ذكر خلاف زفر في المبسوط وغيره
وذكر في المختلف ان له ان يفرق قبل القبض اذا وجد باحدهما العيب

عند

عند زفر كما لو وجد به عيبا بعد القبض فانه يرده خاصة فكذا قبله وهذا
من كل وجه فيه تفاوت كثير فانه اذا امتنع التفريق بعد القبض وقد تم العقد
فيه كان قبله اولى لان الصفقة لم تتم هذا اذا كان في كل واحد منهما يمكن
الانتفاع به على الانفراد وان كان لا ينتفع باحدهما دون الاخر كزوجي الخف
ومصراعي الباب ليس له ان يرد احدهما دون الاخر وان كان بعد القبض
بالاجماع وعلى هذا لو اشترى زوجي ثور فوجد باحدهما عيبا بعد القبض
فان كان الف احدهما الاخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب وحده
قال رحمه الله ولو وجد ببعض الكيلي او الوزني عيبا رده كله او اخذه
يعني اذا كان من نوع واحد لان المكيل والموزون اذا كان من جنس واحد
كشي واحد حكما وتقديرا وان كان شيا حقيقة لان المالية والتقوم في
المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع والانضمام اذ الحبة الواحدة ليست
بمتقومة حتى لا يجوز بيعها فاذا كانت المالية باعتبار الاجتماع صار الكل في
حق البيع كشي واحد ولهذا يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وكذا جعل روية
بعضه كروية كله كالثوب الواحد اذا وجد ببعضه عيبا بخلاف العبدين على
ما بينا ولا فرق بين ما اذا كان في وعا واحد او وعاين وقيل اذا كان في وعاين
يكون بمنزلة عبدين حتى يرد الوعا الذي وجد فيه العيب **قال** رحمه الله
ولو استحق بعضه لم يخير في رد ما بقي ولو ثوبا خير لو استحق بعضه لم يخير في رد
ما بقي ولو ثوبا خير يعني لو استحق بعض الكيل والموزون لم يخير في رد الباقي
ولو استحق بعض الثوب خير في رد ما بقي لان الشركة في الكيلي والموزون
لا يعتبر عيبا لان التبعيض لا يضرهما والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة حتى
العاقد وتمامه برضى العاقد لا برضى المالك بخلاف الثوب حيث يثبت
له الخيار فيما اذا استحق بعضه لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت
البيع فيرده وهذا اذا كان بعد القبض واما اذا استحق بعض المكيل والموزون
قبل القبض فله ان يرد ما بقي لتفرق الصفقة على المشتري قبل التمام
قال واللبس والركوب والمداواة رضا بالعيب لانه دليل استبقائها
وامساكه وكذا الاجارة والرهن والكتابة والعرض على البيع والسكنى
بخلاف خيار الشرط فان اللبس ونحوه ليس دليل اختياره الملك فيه فان
الخيار هناك شرع للاختبار والركوب واللبس مرة يحتاج اليه للاختبار
فلو جعل اختيارا للاجازة لفات فايدة خيار الشرط واما خيار العيب
فلم يشرع للاختبار وانما شرع للرد ليصل الى راس ماله عند العجز عن الوصول
الى الجز الفايت فاذا تصرف فيه تصرفا لا يحل بلا ملك جعل ممسكا لوجود دليل

الامتحان والرضا قال لا الركوب للسقي او للرد او لشراء العلف لانه
يكون الركوب لسقيها الماء او ليردها على البائع او ليشتري لها العلف
رضا بالعيب وهذا استحسان لانه محتاج اليه وقد لا تنقاد ولا تنساق فلا
يكون دليل الرضا الا اذا ركبها في حاجة نفسه وقيل تاويله اذا لم يكن
له بد من الركوب بان كان العلف في عدل واحد او لا تنساق او لا تنقاد وقيل
الركوب للرد لا يكون رضا كيف ما كان لانه سبب الرد ولغيره يكون رضى الا عن
ضرورة قال ولو قطع المقبوض بسبب عند البائع رده واسترد الثمن
معناه لو اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم بها فقطع عند المشتري له ان يرده
وياخذ الثمن وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله ليس له ان يرده
لحدوث العيب عنده وهو القطع الا انه قطع بسبب كان عنده لكن القطع
غير الوجوب فكان بمنزلة عيب حادث عند المشتري بالولادة فانه يرجع بالنقصان
فكذا هذا وهذا لان الموجود في يد البائع سبب القطع وانه لا ينافي المالية
فنفذ البيع فيه لكنه متعيب وقد حدث فيه عند المشتري عيب فيرجع نقصانا
وهو ما بين قيمته سارقا الى غير سارق بان يقوم سارقا وغير سارق فيرجع
بفضل ما بينهما من الثمن وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب كان وجد في يد
البائع من قتل نفس او قطع طريق او ردة لان وجوبه لا ينافي المالية
ولهذا انعقد البيع صحيحا ولو مات في يد المشتري تقرر الثمن عليه ولو
تصرف فيه نفذ تصرفه ولابي حنيفة ان سبب الوجوب وجد في يد البائع
والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق
فصار كما اذا قتل المغصوب بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وروى
ابن المنذر عن ابي حنيفة انه لو اشترى جارية حبلى فولدت عند المشتري
وماتت من الولادة يرجع بجميع الثمن ولم يحك فيه خلافا لا قلنا انا نمنع
ولئن سلم فالسبب الذي كان عند البائع يوجب انفصال الولد لا الموت
لان الغالب في الولادة السلامة ولو مات بسبب القطع عند المشتري
يرجع بنصف الثمن لان اليد من الادمي نصفه فيجب عليه من بدله بحسابه
لانها هي المستحقة بالسرقة والنفس غير مستحقة في يد البائع الا ترى انها
تحسم ولا تقطع في البرد الشديد ولا في الحر الشديد توقيا عن الهلاك فقبض
المشتري لا ينتقض في النصف وان سرى الى النفس بخلاف ما اذا قتل عبده
بسبب يوجب القتل عند البائع لان النفس صارت مستحقة في يد البائع
فينتقض به قبض المشتري ويرجع بالثمن ولو اختار المشتري ان يمسك العبد
رجع بنصف الثمن لان القطع بسبب كان عند البائع كالاستحقاق فلا يمنع الرجوع

بالثمن

بالثمن عند اختيار الاخذ بخلاف العيب على ما بيناه ولو مات بعد القطع
حتف انفه يجب ان يرجع بنصف الثمن عنده لانه كالاستحقاق على ما بينا
ولو سرق عند البائع ثم عند المشتري فقطع بهما يرجع بالنقصان عندهما
على الوجه الذي بيناه وعنده لا يرده بغير رضا البائع للعيب الحادث
عنده ولكن يرجع الى القيمة لان اليد قطعت بهما فيرجع بقدر ما فات
بسبب كان في يد المشتري فلا يرجع به على احد ولو تداولته الايدي
فقطع عند الاخير او قتل ترجع الباعة بعضهم على بعض عند ابي حنيفة
وعندهما يرجع الاخير على بائعه بالنقصان ثم هو لا يرجع على بائعه واصل
الخلاف ان القطع او القتل كان بسبب في يد البائع استحقاق عنده
وفيه يرجع الباعة بعضهم على بعض حتى ينتهي الى الاول وعندهما عيب فيرجع
من لم يفوت الرد بالبيع وهو الاخير على بائعه ثم هو لا يرجع على بائعه لانه
فوت الرد بالبيع قبل الامتناع بالرد برضاه وثمرة الخلاف تظهر في هذا
وفيما اذا اشترى وهو عالم بوجوب القتل او القطع فانه لا يبطل حقه
عنده لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع وعندهما يبطل حقه لان العلم
بالعيب رضا به وفيما اذا اعتقه المشتري ثم قتل او قطعت يده فانه لا
يرجع عنده بشيء لعدم فوات المالية به وعندهما يرجع بالنقصان على ما بينا
من قبل ولا يقال ينتقض قول ابي حنيفة بما اذا اشترى عبدا مريضا
ومات عنده وبما اذا قطع عند البائع ثم باعه ومات عند المشتري به
وبما اذا زنى عند البائع ثم باعه وجلد عند المشتري فمات به حيث لا يرجع
في هذه المواضع الا بالنقصان عنده مثل قولهما وان مات بسبب كان عند
البائع لانا نقول المريض والمقطوع عند البائع ما ماتا بزيادة الالام وتزايد
فيها عند المشتري وهي لم توجد عند البائع وزنا العبد يوجب الجلد والقتل و
غيره فلا يواخذ البائع بما لم يكن عنده بخلاف ما تقدم قال ولو برئ
من كل عيب صح وان لم يسم الكل ولا يرده بعيب وقال الشافعي لا يصح الا ان
يعد العيوب وفي جواز البيع بهذا الشرط له قولان وعدم صحة البراءة من كل
عيب عنده بناء على ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح عنده لان في الابراء
معنى التمليك حتى يرتد بالرد ولا يصح تعليقه بالشروط وتمليك المجهول لا يصح
كبيعه ونحن نقول هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة فلا يمنع الصحة
وكان ابن ابي ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري
وقد جرت بينه وبين ابي حنيفة في مجلس ابي جعفر الدوانيقي
فقال له ابو حنيفة ارايت لو باع جارية في موضع المأتى منها عيب او غلاما

في ذكره عيب الا ان يجب على البائع ان يري المشتري ذلك الموضع منها او منه
ولم يزل يعمل به هكذا اختاره ومشايخ الخليفة وقال محمد رحمه الله لا يدخل
فيه العيب الحادث قبل القبض وهو قول زفر لان البراءة تتناول الثابت
قلنا الغرض فيه الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك
بالبراءة عن الموجود والحادث وهذا لانه لا حاجة له قبل البائع وقت البيع
ليملكه او ليبريه بل هذا بيان لايجاد العقد على وجه لا يوجب استحقاق
السلامة والعقد قابل لذلك كما لو اشترى معيبا وهو يعلمه وهذا بناء على
انه لو باعه بشرط البراءة من كل عيب يحدث به بعد البيع قبل القبض لا يصح
عند محمد رحمه الله لانه قبل وجود سببه كالابراء عن كل حق سيجب فانه يدخل فيه
الحق القائم لا غير وعند ابي يوسف يصح لان غرضهم ايجاد العقد على وجه لا يستحق
فيه سلامة المبيع عن العيب ولو شرط البراءة من كل عيب به لم ينصرف الى الحادث
في قولهم جميعا لانه خص الموجود وقت العقد بالبراءة والله تعالى اعلم

باب البيع الفاسد

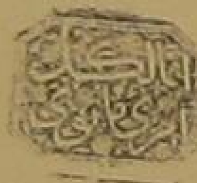
البيع على اربعة اقسام صحيح وهو المشروع باصله ووصفه ويفيد الحكم
بنفسه اذا خلا عن الموانع وباطل وهو غير مشروع اصلا وفاسد وهو مشروع
باصله دون وصفه وهو يفيد الحكم اذا اتصل به القبض وموقوف وهو
يفيد الحكم على سبيل التوقف وامتنع تمامه لاجل غيره وهو بيع ملك الغير قال
لم يجز بيع الميتة والدم والخنزير والخمر وام الولد والمدبر والمكاتب
لعدم ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال وبيع هذه الاشياء باطلة لما ذكرنا
قال فلو هلك عند المشتري لم يضمن لان العقد في الباطل غير معتبر
فبقي القبض باذن المالك وقيل يضمن لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض
على سوم الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما والاصل فيه
ان بيع ما ليس بمال عند احد كالحر والدم والميتة التي ماتت حتف انفها
والمدبر وام الولد والمكاتب باطل وان كان مالا عند البعض كالخمر والخنزير
والميتة التي لم تمت حتف انفها مثل الموقوذة فان هذه الاشياء مال عند
اهل الذمة فان بيعت بدين في الذمة فهو باطل وان بيعت بعين فهو
فاسد في حق ما يقابلها حتى يملك ويضمن بالقبض باطل في حق نفسها حتى
لا يضمن ولا يملك بالقبض لانها غير متقومة لان الشرع امر باهانتها وفي
تمليكها بالعقد مقصودة اعزازها فكان باطلا وذلك بان يشتريها
بدين في الذمة لان الثمن الدراهم والدنانير غير مقصودة وانما هي
وسائل والمقصود تحصيلها فكان باطلا اهانة لها وان لم تكن مقصودة

فان

مقصودة فان كانت في الذمة كان فاسدا لان المقصود تحصيل ما يقابلها
وفيه اعزاز لها لا لها لان الثمن تبع لما ذكرنا والاصل هو المبيع وكذا اذا
كانت معينة وبيعت بعين مقايضة صار فاسدا في حق ما يقابلها باطلا
في حقها وجلد الميتة كالخمر فيما ذكره صاحب المحيط لانه مرغوب فيه بين الناس
فصار مالا من وجه كالخمر ونحوها وجعله البزدوي كالميتة لانه جزؤها
وجعل صاحب الهداية وغيره بيع ام الولد والمدبر والمكاتب من الباطل لان
استحقاق العتق قد ثبت لام الولد بقوله عليه السلام اعتقها ولدها وسبب
الحرية انعقد في حق المدبر المطلق في الحال لبطلان اهلية المولى بعد موته
والمكاتب استحق يدا على نفسه وخرج من يد المولى ولو ثبت فيه الملك لبطل
ذلك كله ولو بيع المكاتب برضاه صح في الاظهر فتنفسخ الكتابة اقتضاء لانها
تقبله بخلاف المدبر وام الولد وقال في الايضاح اذا كان احد البدلين
مدبرا او مكاتبا او ام ولد ملك ما يقابله بالقبض لان الملك قائم بالمحل وانما
لا يصح البيع لحقه في نفسه فاعتبر ذلك في حق ما يقابله فانعقد العقد
وهذا هو الصواب لانهم يدخلون في العقد حتى لا يبطل البيع فيما ضم الى واحد
منهم وبيع معه ولو كان كالحر لبطل ويزول بما ذكره صاحب الهداية على انه
باطل في حق نفسه لا في حق ما يقابله ولو مات المدبر او ام الولد في يد
المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا عليه قيمتهما لانهما مقبوضان
بجهة البيع وهما مال حقيقة ولهذا يملك ما ضم اليهما في البيع فيضمنان
به ضرورة كسائر الاموال بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق فيه
القبض وهذا الضمان يجب فيه وله ان شبهة البيع انما تلحق بحقيقته في
محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس
دخولهما في البيع في حق انفسهما بل ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما كمال المشتري
لا يدخل فيه وحده ويدخل في حق ما ضم اليه وقيل لا يدخل ويعتبر البيع
وبه كان يفتي ظهير الدين والاول اصح لان دخوله فيه في حق ما ضم اليه حتى
ينقسم الثمن عليهما لا غير وروى المعلى عن ابي حنيفة انه يضمن قيمة المدبر
دون ام الولد كما في الغصب والفرق له على الظاهر ان جهة البيع هي المعتبرة
هنا فاذا بطلت لعدم محله بقي القبض باذن مالكه فلا يجب الضمان بخلاف
الغصب قال والسمك قبل الصيد اي لا يجوز بيع السمك قبل الاصطياد
لما روي انه عليه السلام نهى عن بيع الغرر رواه احمد ومسلم وابو داود
وغيرهم وعن ابن مسعود انه قال عليه السلام لا تشتروا السمك في الماء
فانه غرر رواه احمد ولانه باع ما لا يملكه فلا يجوز لانه على وجهين فاما

ان يبيعه قبل ان يأخذه او بعده فان باعه قبل الاخذ لا يجوز لما بينا وان اخذه
ثم القاه في الحظيرة فان كانت الحظيرة كبيرة بحيث لا يمكن اخذه الا بحيلة
لا يجوز لانه باع ما لا يقدر على تسليمه فلو سلمه بعد ذلك ينبغي ان يكون على
الروايتين للتين في بيع الآبق بناء على انه باطل او فاسد وان كانت صغيرة
بحيث يمكن اخذه بغير حيلة جاز لانه باع ملكه مقدور التسليم وللمشتري
خيار الرؤية عند التسليم له ولا يعتد برؤيته وهو في الماء لان السمك يتفاوت
في الماء وخارجه وكذا لو دخل السمك الحظيرة باحتياله بان سد عليه فوهة النهر
او سد موضع الدخول حتى لا يمكنه الخروج على هذا التفصيل لانه لما احتبس فيه
باحتياله صار آخذا له وملكه بمنزلة ما لو القاه فيه وقيل لا يجوز لان هذا
القدر ليس باحراز له فصار كظبي دخل البيت فاغلق عليه الباب وهذا الخلاف
فيما اذا لم يهيئ الحظيرة للاصطياد فان هيأه له ملكه بالاجماع فيكون على
ما ذكرنا من التفصيل فان اجتمع السمك في الحظيرة بنفسه من غير صنعه ولم يسد
عليه المدخل لا يجوز بيعه سواء امكنه الاخذ بحيلة او بغير حيلة لانه لم يملكه
قال والطير في الهواء لانه غير مملوك له قبل الاخذ وبعده غير مقدور
التسليم وهذا اذا كان يطير ولا يرجع وان كان له وكر عنده يطير منه في الهواء
ثم يعود اليه جاز بيعه لانه يمكن اخذه من غير حيلة وعلى هذا لو باع صيدا من
قبل اخذه لا يجوز وبعده يجوز ان كان في يده او محبوسا في مكان يمكن اخذه من
غير حيلة وان لم يمكن الا بحيلة لا يجوز لعدم القدرة على التسليم ولو اخذه وسلمه
ينبغي ان يكون فيه روايتين على نحو ما ذكر في الآبق ولو اجتمع في ارضه الصيد
فباعه من غير اخذه لا يجوز لانه لا يملكه وهذا لو باض فيها صيد او تكنس او تكسر
يكون لمن اخذه لعدم ملكه اياه بخلاف ما اذا عسل فيه النحل حيث يملكه لان
العسل قايم بارضه على وجه القرار فكان استحارة ولهذا وجب في العسل العشر
اذا كان في ارض العشر كالثمار هذا اذا لم يهيئ ارضه لذلك فان هيأها لها بان
حفر بيرا للاصطياد او نصب شبكة فدخل فيها صيد او تعقل به ملكه لان
الهيئة احد اسباب الملك الا ترى انه لو بسط طشتا ليقع فيه المطر فوقع فيه
ملكه وكذا لو بسط ذيله عند النثار ليقع فيه الشيء المنثور ملكه بالوقوع فيه
وفي النهاية لو دخل الصيد داره فاغلق عليه الباب كان الصيد له ولم
يحك فيه خلافا وعلى قياس ما ذكر في الكافي لا يكون له وقد ذكرناه من قبل ويجوز
ان يكون في المسئلة روايتان والا فلا فرق بينهما قال والحمل والنتاج
فالحمل ما كان في البطن والنتاج ما يحمله هذا الحمل لنهي النبي صلى الله عليه وسلم
عن بيع حبل الحبلة رواه مسلم واحمد وابو داود وفي رواية نهى عن بيع حبل الحبلة

وحل

وحبل الحبلة ان تنتج الناقة ما في بطنها ثم تحمل التي نتجت رواه ابو داود
ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شرا ما في بطون الانعام حتى تضع وعن
بيع ما في ضروعها الا بكيل وعن شرا العبد وهو آبق وعن شرا المغانم حتى تقسم
وعن شرا الصدقات حتى تقبض وعن ضربة الغايص رواه احمد وابن ماجة
والترمذي ولان فيه غررا وقد نهى عنه عليه السلام على ما بينا والغرر
هو ما يكون مجهول العاقبة لا يدري ايكون ام لا والحبلة هو الحبل وهو مصدر
سمي به الجنين كما سمي بالحمل وهو مصدر وانما دخلت عليه الها للاشعار
بالانوثة فيه معناه ان يبيع ما سيحمله الجنين ان كان انثى وكانوا في
الجاهلية يبيعون ذلك فنهاهم النبي صلى الله عليه وسلم قال واللبن
في الضرع لما روينا ولما روي انه عليه السلام نهى ان يباع ثمر حتى يطعم وصوف
على ظهر ولبن في ضرع او سمن في لبن رواه الدارقطني ولانه يدر ساعة فساعة
فيختلط الموضع بغير المبيع ولانهم يختلفون في كيفية الحلب فيؤدي الى
النزاع ولانه يحتمل ان يكون انتفاخا من الريح وليس فيه لبن قال واللولو
في الصدف لان فيه غررا وقد نهى عنه عليه السلام الا ترى انه مجهول لا يعلم
وجوده فيه ولا قدره ولانه لا يمكن تسليمه الا بضرر وهو كسر الصدف وعن
ابي يوسف انه يجوز بيعه لان الصدف لا ينتفع به الا بالكسر فلا يعد ضررا
قلنا هو مجهول بخلاف ما اذا باع تراب الذهب والحبوب في غلافها لكونها
معلومة ويمكن تجربتها بالبعض ايضا قال والصوف على ظهر الغنم لما

روينا ولانه قبل الجز ليس بمال متقوم في نفسه لانه بمنزلة وصف الحيوان
لقيامه به كسائر اطرافه ولانه يزيد من اسفل فيختلط المبيع بغيره كما قلنا
في اللبن بخلاف القوائم لانها تزيد من اعلاها ويعرف ذلك بالخضاب وبخلاف
القصيل لانه يقلع والصوف يقطع فيبقى اثر الزيادة في موضعه وعن ابي يوسف
انه يجوز بيعه لانه مال متقوم ينتفع به مقدور التسليم كسائر الاموال
بخلاف اطراف الحيوان لانه لا يمكن الانتفاع بها الا بعد الذبح فصارت
مالية اللحم متعلقة بفعل شرعي فلم يوجد قبله وكونه مقطوعا لا تاثير له
كما في الكراث وقوائم الخلاف للتعامل اذ لا نص فيه فلا يلحق به المنصوص
عليه قال والجذع في السقف وذراع من ثوب لانه لا يمكنه التسليم
الا بضرر يلزمه سواء ذكر موضع القطع او لم يذكر ولا يقال هو بنفسه التزم
الضرر لان الالتزام بدون العقد عند لزوم العقد لم يوجب الضرر
فيمكنه الرجوع فيتحقق النزاع بخلاف ما اذا باع بعضا معلوما من نقرة
فضة حيث يجوز لان التبعيض لا يضره ولو قلع البائع الجذع او قطع

الثوب وسلمه عاد صحيحا ان كان قبل فسخ المشتري البيع لزوال المانع من الفساد بخلاف ما اذا باع جلد الحيوان وسلمه حيث لا يعود صحيحا لان الفساد فيه لعدم المالية على ما بيناه في اطراف الحيوان ونظيره ما لو باع خمرا ثم تخلل وبخلاف ما اذا باع بزرا في بطيخ ونحوه حيث لا يجوز وان شقه وسلمه لان فساده لاحتمال العدم فلا يعود صحيحا بخلاف الحبوب في غلافها حيث يجوز بيعها وان كانت مستورة لان وجودها معلوم ولهذا يسمى به فيقال هذا باقلا وهذه حنطة ولا يقال للبطيخ هذا بزر ونحو الفارق هذا في ثوب يضره القطع كالمهيا للبس وان كان لا يضره القطع جاز بيع ذراع منه كالعشر من العشرة **قال** رحمه الله وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة او بغوص الغائص في الماء لما روينا فيه مفصلا ونحوه النهي عن الغرر ولانه مجهول القدر والصفة فلا يجوز والمزابنة وهو بيع التمر على رؤوس النخل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لحديث انس انه عليه الصلاة والسلام نهى عن المحاقلة والمخاضرة والمنابذة والملامسة والمزابنة رواه البخاري والمزابنة ما ذكرناه والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا والمخاضرة بيع الثمار قبل ان تبدو ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما لو كانا موضوعين على الارض وكذا بيع العنب بالعنب خرصا لا يجوز وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة اوسق لما روي انه عليه السلام نهى عن المزابنة بيع التمر بالتمر الا اصحاب العرايا فانه قد اذن لهم رواه البخاري والترمذي وزاد فيه وعن بيع العنب بالزبيب وعن كل ثمر بخرصه ولنا ما روينا وقوله عليه السلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد او استزاد فقد اربى الاخذ والمعطي فيه سواء رواه البخاري واحمد وامثاله من النصوص لا تحصى كلها مشهورة وتلقتها الامة بالقبول فلا يجوز تركها وهذا لان المساواة واجب بالنص والتفاضل محرم به وكذا التفرق قبل قبض البدلين فلا يجوز ان يتبايع جزافا ولا اذا كان احدهما متاخرا كما لو كان اكثر من خمسة اوسق وهذا لان احتمال التفاضل ثابت فصار كما لو تيقنا بيقين ان كانا موضوعين على الارض ومعنى العرايا فيما رواه العطايا وتفسيره ان يهب رجل ثمرة نخلة من بستانه ثم يشق على المعري دخول المعرى له في بستانه كل ساعة ولا يرضى ان يخلف الوعد ويرجع فيه فيعطيه مكان ثمرها تمرا مجذوذا بالخرص بدله وهو جائز عندنا لان الموهوب له لم يملكها لتمرة

لعدم القبض فصار بايعا ملكه بملكه وهو جائز لا بطريق البيع وانما هو هبة مبتدأة وسمي ذلك بيعا مجازا لانه في الصورة عوض عما اعطاه او لانه لما اتفق في الواقعة خمسة اوسق او دونه فظن الراوي ان الرخصة مقصورة عليه فنقل كما وقع عنده وسكت عن السبب كذا فسره اهل الفقه والحديث فكان الحمل عليه اولى كيلا يكون مخالفا للمشاهير ويحتمل ان الراوي ظن انه بيع **قال** والملامسة والقاء الحجر وهذه من البيوع التي كانت في الجاهلية وهو ان يتساوم الرجلان فاذا لمسها المشتري او نبذها اليه البائع او وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني بيع المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى النبي عليه السلام عنها بما روينا وعن ابي سعيد انه عليه الصلاة والسلام نهى عن الملامسة والمنابذة في البيع والملامسة لمس الرجل ثوب الاخر بيده بالليل او بالنهار ولا يقلبه والمنابذة ان ينبذ الرجل بثوبه وينبذ الاخر بثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض رواه البخاري ومسلم واحمد ولان فيه تعليقا للتمليك بالخطر فيكون قمارا فصار في المعنى كانه قال للمشتري اي ثوب القيت عليه الحجر فقد بعتكه وفي المغرب بيع الملامسة والالماس ان يقول لصاحبه اذا لمست ثوبك او لمست ثوبي فقد وجب البيع وفي المنتقى عن ابي حنيفة هو ان يقول بعتك هذا المتاع بكذا فاذا لمستك وجب البيع او يقول المشتري كذلك والمنابذة ان يقول اذا نبذته اليك او يقول المشتري اذا نبذته الي فقد وجب البيع والقاء الحجر ان يقول المشتري او البائع اذا القيت الحجر وجب البيع وفي سنن ابي داود الملامسة ان يمسه بيده ولا ينشره ولا يقلبه **قال** وثوب من ثوبين لجهالة المبيع هذا اذا لم يشترط فيه خيار التعيين وان اشترط فيه بان اشترى احدهما على ان ياخذ ايهما شاء جاز وقد بينا انه يجوز الى ثلاثة وحكمه اذا قبضهما **قال** والمراعي واجارتها اي لا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد به الكلأ دون رقبة الارض لان بيع الارض جائز واجارتها جائزة اذا كان مالكا لها واما بيع الكلأ واجارته لانه ليس بمملوك له اذ لا يملكه بنباته في ارضه ما لم يحرزه لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون شركاء في ثلاثة في الماء والكلأ والنار رواه احمد وابو داود ورواه ابن ماجه من حديث ابن عباس وزاد فيه وثمنه حرام وهو محمول على ما اذا لم يحرز وقال عليه السلام لا يمنع الماء والنار والكلأ رواه ابن ماجه ومعناه ان لهم الانتفاع بشرب الماء وسقي الدواب والاستقاء من الابار والحياض والانهار المملوكة وله ان يمنع الناس من الدخول في ارضه واذا طلب احد ما يلزمه

احد امرين اما ان يخليه يدخل فيأخذ الماء بنفسه او يخرج له هو فصار كما لو وقع
ثوب انسان في دار غيره بهبوب الريح فيه وكذا الحكم الاحتشاش من الاراضي
المملوكة فان منعهم من الدخول في ارضه فهو على ما ذكرنا في الماء من الحكم فاذا
كان نباتا كما لا يجوز بيعه ولا اجارته وان كان في ارضه لعدم الملك فيه ولانه
استهلاك العين والاجارة لا تجوز في استهلاك العين المملوكة فغير العين
المملوكة اولى واحترز في الطريق والصحيح لكونها آلة للعمل تبعا وضمنا وكم من
شيء يجوز ضمنا وان لم يجز قصدا والحيلة فيه ان يستأجر الارض لايقاف الدواب
فيها او لمنفعة اخرى بقدر ما يريد صاحبه من الثمن او الاجرة فيحصل به غرضهما
هذا اذا نبت الحشيش بنفسه وان انبته صاحب الارض بان سقاها او حرق حولها
او هيأها للانبات ملكه وكذا وجاز بيعه وقيل لا يملكه حتى لا يجوز بيعه قبل
الاحراز لان الشركة ثابتة بالنص فلا ينقطع بدون الحيازة ذكره في النهاية
ويدخل في الكلا جميع انواع ما ترعاه المواشي رطبا كان او يابسا بخلاف
الاشجار لان الكلا اسم لما لا ساق له والاشجار لها ساق فلا يدخل فيه حتى
جاز بيعها اذا نبتت في ارضه لانه يملكها بالنبات فيها والكلاء كالكلا وكذا
لهم ان ينتفعوا بضوء النار والاصطلاء بها والايقاد من لهبها بدون رضا
صاحبها وليس له ان يأخذ من الجمر شيئا الا برضا صاحبه **قال** ولا النحل وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد والشافعي يجوز بيعه اذا كان محرزا
لانه حيوان منتفع به وان كان لا يؤكل كالحمار ولهما انه من الهوام فلا يصح بيعه
كالزنبور وهوام الارض والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا
به والشيء انما يصير مالا لكونه منتفعا به حتى لو باعه مع الكوارة صح تبعا
لها ذكره القدوري في شرحه وذكر الكرخي انه لا يجوز بيعه مع العسل وقال
الشيء انما يدخل في العقد تبعا لغيره اذا كان من حقوقه كالشرب والطريق
قال ولا يباع دود القز وبيضه اي لا يجوز بيعهما وهذا عند محمد وعند
ابي حنيفة لا يجوز بيعهما وابو يوسف معه في الدود ومع محمد في بيضه وقيل هو
ايضا معه لابي حنيفة ان الدود من الهوام وبيضه لا ينتفع به فاشبه
الخنافس والوزغات وبيضها ولمحمد ان البيض ينتفع به وكذا بيضه في المآل
فصار كالجحش والمهر ولان الناس قد تعاملوه فمست الضرورة اليه فصار
كالاستصناع والفتوى على قول محمد لما ذكرنا **قال** والآبق اي لا يجوز
بيعه وهو معطوف على ما قبل دود القز لما روينا ولانه لا يقدر على تسليمه
وهو شرط الجواز بخلاف العبد المرسل في حاجته لثبوت القدرة على التسليم
وقت العقد لان الظاهر من حاله عوده الى مولاه ولا كذلك الآبق

ولو

ولو باعه ممن زعم انه عنده جاز لان النهي ورد في الآبق المطلق وهو ان
يكون آبقا عند المتعاقدين وهذا ليس بآبق في حق المشتري اذ هو في يده
فلا يتناوله النص المطلق اذ هو ليس بعاجز عن تسليمه وهو المانع ثم لا يصير
قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده ان كان اشهد عند الاخذ انه يأخذه ليرده
على صاحبه لانه امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع لان قبضه
مضمون على المشتري الا ترى ان المقبوض على سوم الشراء مضمون بالقيمة ولكن
وجوب الثمن في البيع مانع عن وجوب القيمة فقبض الضمان اقوى من قبض
الامانة لتأكد قبض الضمان باللزوم والملك فان المشتري لو امتنع عن قبض
المبيع اجبر عليه والضمان يوجب الملك من الجانبين على ما هو الاصل عندنا
بخلاف قبض الامانة فانه لا يجبر عليه ولا يوجب الملك فكان اضعف فلا ينوب
عن الاقوى ولو لم يشهد عند الاخذ يصير قابضا بمجرد العقد عندهما خلافا
لابي يوسف فيما اذا لم يأخذه لنفسه بل ليرده على صاحبه وهذا بناء على ان
الاشهاد ليس بشرط لكونه امانة عنده وعندهما شرط وقد بيناه في اللقطة
ولو باعه ممن قال هو عند فلان لم يجز لانه آبق عندهما وهو المعتبر اذ لا يقدر
على تسليمه ولو باعه ثم عاد قبل الفسخ لم يعد صحيحا لوقوعه باطلا لعدم
المحلية كبيع الطير في الهواء قبل التملك بخلاف ما اذا باعه ثم ابق قبل
التسليم ثم عاد حيث يجوز لان احتمال عوده يكفي لبقاء العقد على ما كان دون
الابتداء وعن ابي حنيفة انه يعود صحيحا لان المالية فيه قائم وكان محلا
للبيع فينعقد غير انه عاجز عن تسليمه فيفسد فاذا ابق قبل الفسخ عاد
صحيحا لزوال المانع فيجبران على التسليم والتسلم فصار كما لو ابق بعد البيع
وكبيع المرهون ثم افتكه قبل الخصومة وبه اخذ الكرخي وجماعة من اصحابنا
رحمهم الله وبالاول كان يفتي ابو عبد الله البلخي وجماعة من اصحابنا رحمهم الله
تعالى ولو اعتقه نفذ عتقه لعدم اشتراط القبض فيه ولو علم حياته في
وقت العقد اجزأه عن الكفارة ولو وهبه من ابنه الصغير او اليتيم في حجره
جاز بخلاف ما اذا باعه منه لان ما يبقى له من اليد يكفي في الهبة دون البيع
قال الا ان يبيعه ممن يزعم انه عنده اي الآبق اذا باعه ممن يدعي
انه عنده جاز وقد ذكرناه قال ولبن امرأة يعني لا يجوز بيعه ومراده اذا
كان في وعاء وقال الشافعي يجوز بيعه من حرة كان او من امة ويضمن بالاتلاف
لانه مشروب طاهر فصار كسائر المائعات الطاهرة وعن ابي يوسف انه يجوز
بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد عليها فكذا على جزئها ولنا انه جزء
الآدمي بدليل انه يثبت به حرمة المصاهرة بمعنى البعضية وهي تمنع اجزاءها

مكرمة مصونة عن الابتذال والامتهان بالبيع الا ما حل فيه الرق وهو لا
يحل اللبن لانه ضعف حكمي فيختص بمحل القوة التي هي ضده وهو الحي لان
الضدين يتعاقبان في موضع واحد ولا حيوة في اللبن وكونه مشروعا ضروري
لاجل الاطفال حتى لو استغنى عنه لا يجوز ونظيره ملك النكاح فانه ضروري
لاقتضاء الشهوة وابقاء النسل فلا يدل على ان البضع مهان مبتذل ولان
لبن الادمية في حكم المنفعة حتى جاز استحقاقه بعقد الاجارة وبيع مثله لا يجوز
بخلاف لبن البقرة ونحوها حيث يجوز بيعه لانه ليس له حكم المنفعة حتى لا يستحق
بعقد الاجارة وهو مبتذل ايضا قال وشعر الخنزير وينتفع به للخرز
اي لا يجوز بيع شعره ويجوز الانتفاع به للخرز لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة
له كالخمر وهذا لان جواز بيعه يشعر باعزازه في عين الادمي ونجاسته تشعر بهوانه
الحل وانما جاز الانتفاع به للاساكفة لان خرز النعال والاخفاف لا يتأتى
الا به فكان فيه ضرورة وعن ابي يوسف انه يكره لان الخرز يتأتى بغيره والاول
هو الظاهر لان الضرورة تبيح الجهة فالشراء اولى لا حاجة الى شرائه لانه يوجد
مباح الاصل وقال الفقيه ابو الليث ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر
الخنزير الا بالشرا ينبغي ان يجوز لهم الشرا لان ذلك حالة الضرورة فاما البيع
فيكره لانه لا حاجة اليه للبائع ولا بأس للاساكفة ان يصلوا مع شعر الخنزير
وان كان اكثر من قدر الدرهم ولو وقع في الماء القليل فسد عند ابي يوسف
لان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وفي غير تلك الحالة
بقي على الاصل وعند محمد لا يفسد لان الاطلاق الانتفاع دليل طهارته
قال وشعر الانسان يعني لا يجوز بيع شعر الانسان ولا الانتفاع به لان
الادمي مكرم فلا يجوز ان يكون جزؤه مهانا وقال عليه الصلاة والسلام
لعن الله الواصلة والموصولة وانما لعنا للانتفاع به لما فيه من اهانة المكرم
وعن محمد رحمه الله انه اجاز الانتفاع بشعر الادمي استدلالا بما روي انه عليه
السلام حين حلق رأسه قسم شعره بين اصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجسا
لما فعل به فانه لا يتبرك بالنجس الا ترى ان ابا طيبة رضي الله عنه حين شرب
دم النبي صلى الله عليه وسلم على قصد التبرك به نهاه ان يعود الى مثله في
المستقبل قلنا حرمة الانتفاع به لكرامته لا لنجاسته حتى لو وقع في الماء
القليل لا ينجسه بنفسه فبطل الاستدلال بها ورخص فيما يتخذ من الوبر
فيزاد في قرون النساء وذوائبهن قال وجلد الميتة قبل الدبغ
يعني لا يجوز بيعه لما روي انه عليه السلام نهى عن الانتفاع بجلد الميتة
وعصبها فيما رواه ابو داود وغيره ولان نجاسته من الرطوبات المتصلة

به

به لا من الخلقة فصار كلحم الميتة بخلاف الثوب النجس حيث يجوز بيعه لان
نجاسته ليست من اصل الخلقة فلا يمنع من جواز البيع قال وبعده يباع وينتفع
به كعظم الميتة وعصبها وصوفها وقرنها ووبرها يعني بعد الدباغ يجوز
بيعه كما يجوز بيع عظم الميتة الى آخره لانه طهر بالدباغ والعظم ونحوه طاهر باصل
الخلقة على ما ذكرنا في كتاب الطهارة فيجوز بيعه ولحوم السباع وشحومها
وجلودها بعد الذكوة كجلود الميتة بعد الدباغ حتى يجوز بيعها والانتفاع
بها غير الاكل لطهارتها بالذكوة الا جلد الخنزير فانه نجس العين فلا يطهر
بالذكاة ويجوز بيع عظم الفيل والانتفاع به عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد لا يجوز وهو كالخنزير عنده وعندهما كالسباع قال وعلو سقط
اي لا يجوز بيع علو بعد ما سقط لانه حق التعلي لا غير وهو ليس بمال ومحل
البيع المال وهو ما يمكن احرازه وقبضه والهواء لا يمكن احرازه وانما يصح بيعه
قبل الانهدام باعتبار البناء القائم ولم يبق بخلاف الشرب حيث يصح بيعه
تبعا باتفاق الروايات ومقصودا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه
نصيب من الماء وهو مال ولهذا يضمن بالاتلاف حتى لو سقى به رجل ارضه
يضمن قيمته وكذا حصته من الثمن حتى لو ادعى رجل شرا ارض بشربها بالف فشهد
شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب تبطل شهادتهما لاختلافهما في ثمن
الارض وانما لم يجز بيعه في رواية وهو اختيار مشايخ بخارى للجهالة وان سقط
العلو بعد البيع قبل القبض بطل البيع كهلاك المبيع قبل القبض قال ويجوز
بيع المسيل وهبته ويجوز بيع الطريق وهبته والمسئلة تحتمل وجهين احدهما
بيع رقبة الطريق والمسيل والثاني بيع حق المرور وحق تسييل الماء فان
كان المراد به الاول فالفرق بينهما ان رقبة الطريق معلوم الطول والعرض
فيجوز بيعه واما رقبة المسيل فمجهول لان مقدار ما يشغله الماء من الارض
مختلف يختلف بقلة الماء وكثرته حتى لو بين حدوده جاز وكذا لو باع رقبة
النهر من غير اعتبار المسيل او باع جزءا شائعا منه جاز لانه معلوم وان كان
المراد به الثاني ففي بيع حق المرور روايتان في رواية الزيادات لا يجوز
وفي رواية ابن سماعة يجوز والفرق بينه وبين المسيل على رواية ابن سماعة
ان حق المرور معلوم وهو الطريق على ما بينا اما التسييل فيتعلق بمجهول لانه
يتعلق برقبة المسيل وهو مجهول على ما بينا والفرق بين حق التعلي حيث
لا يجوز بيعه باتفاق الروايات وبين حق المرور في الطريق حيث يجوز بيعه
في رواية ابن سماعة ان حق الطريق يتعلق برقبة الارض ورقبة الارض
مال وهو عين فما يتعلق به كان له حكم المال وحق التعلي يتعلق بالهواء

والهروي ليس بعين مال ولا له حكم المال فلا يجوز قال وامة تبين انه عبد
وكذا عكسه اي لو اشترى او باع شخصا على انه امة فتبين انه عبد او عبد
فتبين انه امة لم يجز البيع وهذا استحسان والقياس ان يجوز وهو قول
زفر رحمه الله لان هذا اختلاف الوصف اذ الذكورة والانوثة وصف في الحيوان
وهو يوجب الخيار لا الفساد كما في البهائم فانه اذا اشترى كبشا مثلا فاذا هو
نعجة او بالعكس لا يفسد البيع وانما يثبت له الخيار لفوات الوصف المرغوب
فيه كما اذا اشترى عبدا على انه خباز او كاتب فاذا هو بخلاف ذلك ووجه
الاستحسان ان الذكر والانثى من بني ادم جنسان مختلفان لتفاحش
التفاوت في المقاصد فان المقصود من العبد الاستخدام خارج الدار ومن
الامة الاستخدام داخل الدار كالطبخ والكنس والاستفراش والاستيلاد
فصارت جنسا اخر غير الذكورة ومن غيره جنس واحد لتقارب المقصود فان
المقصود منه اللحم والحمل والركوب ونحو ذلك والانثى والذكر من الحيوانات
يصلحان لذلك فكانا جنسا واحدا واختلاف الجنس يكون باختلاف المقاصد
الا ترى ان الخل والدبس جنسان لما قلنا وان اتحد اصلهما ثم في مختلفي الجنس
يتعلق العقد بالمسمى اذا اختلف فيه المسمى والمشار اليه لان التسمية
ابلغ في التعريف من الاشارة لان الاشارة لتعريف الذات فانه اذا قال
هذا اشار الى ذات معينة ويشاركه فيه غيره والتسمية لاعلام الماهية
وهو امر زائد على اصل الذات فكان ابلغ في التعريف ويحتاج في مقام التعريف
الى ما هو ابلغ فيه فكانت الاشارة اولى باعتبار في متحدي الجنس لان المسمى
موجود في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه فامكن الجمع بينهما بان يجعل الاشارة
للتعريف والتسمية للترغيب فيثبت له الخيار عند فوات الوصف المرغوب
فيه بخلاف مختلفي الجنس لان المسمى فيه مثل المشار اليه وليس بتابع له
فلا يمكن ان يجعل احدهما تبعا للاخر فيعتبر الاعرف عند تعذر الجمع بينهما
وهذا هو الاصل في العقود كلها كالاجارة والنكاح والصلح عن دم العمد
والخلع والعتق على مال ثم اذا كان المعتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس
يقع البيع باطلا عند بعض المشايخ لانه معدوم وبيع المعدوم لا يجوز الا في السلم
وقال بعضهم انه فاسد وهو اختيار الكرخي لانه باع المسمى واشار الى غيره
فصار كانه باع شيئا شرط ان يسلم غيره وذلك فاسد والاجارة مثل البيع
لانها تبطل بالشرط الفاسد والنكاح واشباهه لا تفسد بالشرط الفاسد
ولكنه ينظر ان كان المسمى يمكن ضبطه يجب مهر المثل كانه لم يسم شيئا لانه لم
يصلح ان يثبت في الذمة **قال** وشرا ما باع باقل قبل النقد معناه

انه

انه لو باع شيئا وقبضه المشتري ولم يقبض البائع الثمن فاشتراه باقل من
الثمن الاول لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله يجوز وهو القياس لان الملك
فيه قد تم بالقبض فيجوز بيعه باي قدر كان من الثمن كما اذا باعه من غير البائع
او منه بمثل الثمن الاول او باكثر او بعرض او باقل بعد النقد ولنا ما روي
عن ابي اسحق السبيعي عن امراته انها دخلت على عائشة رضي الله عنها ودخلت
معها ام ولد زيد بن ارقم فقالت يا ام المؤمنين اني بعت غلاما من زيد
بثمانمائة درهم نسيئة واني ابتعته منه بستمائة نقدا فقالت لها عائشة
بئس ما شريت وبئس ما اشتريت ان جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
قد بطل الا ان يتوب رواه الدارقطني فهذا الوعيد دليل على ان العقد
فاسد وهو لا يدرك بالرأي فدل على انها قالته سماعا ولا يقال قد روي
انها قالت اني بعته الى العطا فلعلها انكرت عليها لذلك لانا نقول
كانت عائشة رضي الله عنها ترى البيع الى العطا ولان الثمن لم يدخل في
ضمان البائع قبل قبضه فاذا عاد اليه عين ماله بالصفة التي خرج عن ملكه
وصار بعض الثمن قصاصا ببعض بقي له عليه فضل بلا عوض فكان ذلك ربح
ما لم يضمن وهو حرام بالنص بخلاف ما اذا اشتراه بمثل الثمن الاول او اكثر
لان الربح فيه حصل للمشتري بعد ما دخل المبيع في ضمانه ولو اشتراه من لا يجوز
شهادته له كولده ووالده وعبده ومكاتبه فهو بمنزلة شرا البائع بنفسه
وقال ابو يوسف ومحمد يجوز في غير العبد والمكاتب لان الاملاك متباينة
بخلاف المملوك لان كسبه لسيده وله في كسب مكاتبه حق الملك فكان
تصرفه كتصرفه وله ان شراهما كشرا البائع بنفسه لاتصال منافع المال
بينهم وهو نظير الوكيل في البيع اذا عقد مع هؤلاء ولو اشترى ما بيع له
بان باع وكيله لم يجز لانه لما باع باذنه صار كبيعه بنفسه ثم اشترى باقل
وكذا لو وكل رجلا ببيع عبده بالف درهم فباعه ثم اراد الوكيل ان يشتري
العبد باقل مما باع لنفسه او لغيره بامره قبل نقد الثمن لم يجز اما شراؤه
لنفسه فلان الوكيل بالبيع بائع لنفسه في حق الحقوق فكان هذا شرا
البائع من وجه والنائب من وجه كالنائب من كل وجه في باب الحرمات واما
لغيره فلان شرا المأمور واقع له من حيث الحقوق فكان هذا شرا ما باع لنفسه
من وجه وكذا لو اشترى من وارث مشتريه باقل مما اشترى به المورث
لم يجز لقيام الوارث مقام المورث بخلاف ما لو اشترى وارث البائع باقل
مما باع به مورثه فانه يجوز وعن ابي يوسف انه لا يجوز كالفصل الاول
والفرق على ظاهر الرواية ان الوارث يقوم مقام المورث فيما يرث لا فيما

لا يرث ووارث البائع لا يقوم مقام البائع في هذا الشرا لانه لم يملك الشرا بطريق
الارث لانه كان يملك الشرا لنفسه حال حيوة مورثه وكان كالاجنبي في ذلك
واما وارث المشتري فقايم مقام المشتري في هذا البيع لان ولاية البيع
له من احكام ملك المورث فانه ما كان يملك البيع حال حيوة مورثه لانه ملك
مورثه ولما قام وارث المشتري مقامه في بيع هذا العين بحكم الارث وبيع
المورث سوا وكما لا يجوز بيع المشتري لا يجوز بيع وارثه وشرطنا ان يكون الشرا
من مشتريه او من وارثه لانه لو باعه المشتري من رجل او وهبه لرجل او اوصى
لرجل ثم اشتراه البائع الاول من ذلك الرجل يجوز لان اختلاف سبب الملك
كاختلاف العين اصله حديث بريرة حيث قال عليه السلام هي لها صدقة
ولنا هدية وشرطنا ان يكون المبيع على حاله لم ينتقص لانه اذا تعيب المبيع
في يد المشتري فباعه من البائع باقل من الثمن الاول جاز لان البائع ربح
ما لم يضمن وانما يظهر الربح اذا صار اليه المبيع كما خرج عن ملكه فاذا لم يعد اليه
كما خرج عن ملكه جعل النقصان بمقابلة العيب الحادث عند المشتري فكان
مشتريا ما باع بمثل الثمن الاول معنا وشرطنا ان يكون النقصان من جهة الذات
لانه لو نقصت قيمته بتغير السعر لم يجز شراؤه باقل مما باع لان تغير السعر غير
معتبر في الاحكام كما في حق الغاصب وغيره فعاد اليه المبيع كما خرج عن ملكه
فيظهر الربح وشرطنا اتحاد الثمنين جنسا لانه اذا اشتراه بجنس اخر غير جنس
الثمن الاول يجوز وان كان الثمن الثاني اقل لان الربح لا يظهر عند اختلاف
الجنس والدنانير جنس الدراهم هنا حتى لو كان العقد الاول بالدراهم
فاشتراه بالدنانير وقيمتها اقل من الثمن الاول لم يجز استحسانا وجاز قياسا
وهو قول زفر لانهما جنسان حتى لا يجري الربوا الفضل بينهما ولنا انهما جنسان
صورة وجنس واحد معنى لان المقصود بهما واحد وهو الثمنية فبالنظر الى
الاول يصح وبالنظر الى الثاني لا يصح فغلبنا المحرم على المبيح لقوله عليه
الصلاة والسلام ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال ه
رجلان باعا عبدا بينهما بالف فقالا بعناكه بالف كل نصف بخمسماية ثم اشتراه
احدهما بخمسماية قبل النقد فسد في نصفه لانه شرا ما باع باقل مما باع
قبل نقد الثمن وصح في نصيب شريكه بنصف خمسماية لانه ما باع ولا بيع
له ولو قالا بعناك نصيب فلان بخمسماية ثم قالا بعناك نصيب فلان بخمسماية
ثم اشترى احدهما كله بخمسماية فسد في نصيبه لان نصفه وهو الربع باعه
بنفسه ونصفه وهو الربع بيع له واما نصيب صاحبه فيفسد في نصفه وهو
الربع لانه باعه له وصح في الربع الاخر فيدفع ثمنه له لانه ما باع ولا

بيع

بيع له وان اشترياه معا في هذه الصورة صح شرا كل واحد منهما في ثمنه الثمن
لانه لو اشتراه احدهما صح شراؤه في الربع فاذا اشترى كل واحد منهما
نصفا شايعا صح شرا كل واحد منهما في نصف ذلك وهو الثمن ضرورة
ولو باعاه بالف ثم اشترياه بخمسماية صح شرا كل واحد منهما في ربعه لان
كل واحد منهما اشترى نصفا شايعا نصفه فيما باع فيفسد ونصفه فيما
باع شريكه فيصح في الذي لم يبعه له بل باعه لنفسه ولو باع عبدا وكيله
بالف ثم اشتراه الموكل بخمسماية لا يصح لان احد النصفين باعه بنفسه والنصف
الاخر بيع له ولو اشتراه الوكيل فسد في النصف الذي باعه هو وصح في النصف
الاخر لانه ما باع ولا بيع له ولو باع الوكيل كله ثم اشتراه احدهما لا يصح اما
الوكيل فلانه باع واما الموكل فلانه بيع له قال رحمه الله وصح فيما
ضم اليه اي صح البيع فيما ضم اليه اي الى المشترى بان اشترى مثلا جارية
بالف ثم باعها واخرى معها بالف من البايع قبل نقد الثمن جاز البيع في التي
لم يشترها من البايع ويفسد في الاخرى لانه لا بد ان يجعل الثمن بمقابلة
التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وهو فاسد ولا
يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه حتى لو قضى القاضي
بجوازه صح او لانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن والمقاصة فلا يسري الى
غيرها قال وزيت على انه يزنه بظرفه ويطرح عنه مكان كل ظرف
خمسين رطلا وصح لو شرط ان يطرح بوزن الظرف اي لا يجوز بيع زيت كل رطل
بدرهم على انه يزنه بظرفه ويطرح عن الزيت الموزون مكان كل ظرف خمسين رطلا
ويجوز ان شرط ان يطرح بوزن الظرف لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد
والثاني يقتضيه وهذا لان مقتضى العقد ان يخرج عنه وزن الظرف فاذا
طرح خمسين مثلا يحتمل ان يكون اكثر من الظرف او اقل الا اذا عرف ان وزنه
خمسون رطلا فحينئذ يجوز لانه يقتضيه العقد قال وان اختلفا
في الزق فالقول للمشتري لانه المنكر بيانه انه لو اشترى سمنا في زق فرد
المشتري الزق وهو عشرة ارطال فقال البايع الزق غير هذا وهو كان خمسة
ارطال لانه لو اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في مقدار
الثمن فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة ولا يتحالفان وان كان الاختلاف
في الثمن لان الاختلاف في الثمن ثبت تبعا لاختلافهما في الظرف والاختلاف
في الظرف لا يوجب التحالف لانه ليس بمقصود في العقد ولا معقود عليه
اصلا وكذا فيما ثبت تبعا له اذ التبع لا يخالف الاصل ولان التحالف اصلا
ورد على خلاف القياس فيما اذا كان الاختلاف في موجب العقد قصدا

ضرورة ان كل واحد منهما يدعي عقدا غير الذي يدعيه صاحبه والاختلاف
في الثمن ليس في معناه فلا يلحق به **قال** ولو امر ذميا بشراء خمر او بيعها
ففعل جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز وعلى هذا الخلاف التوكيل
ببيع الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم الحلال ببيع صيده لهما ان الموكل لا يستفيد
الولاية من الوكيل ولا ولاية للموكل في هذا التصرف فكذا الوكيل كمسلم امر مجوسيا
بان يزوجه مجوسية حيث لا يجوز بالاتفاق ولان ما يثبت له ينتقل اليه فصار
كانه باشره بنفسه ولانه بين الوكيل والموكل يجري حكم المبادلة حتى يجعل الوكيل
بمنزلة البائع والموكل بمنزلة المشتري الا ترى انه يحبس المبيع بالثمن ويرد
الموكل عليه بالعيب ويجري التحالف بينهما عند التجاحد ولابي حنيفة رحمه الله ان
الوكيل اصل في التصرف والموكل حكم التصرف الا ترى انه يملك الخمر والخنزير
بالارث بان كان لذمي فاسلم فمات قبل ان يسيب الخنزير ويخلل الخمر ترثه
ورثته المسلمون وكذا اذا تخمر عصيره يبقى على ملكه بخلاف توكيل المسلم المجوسي
ان يزوجه المجوسية لانه سفير ومعبر عنه فيه فيكون مضافا الى الموكل بخلاف
ما اذا اتهب كافر لمسلم خمرا لانه سفير كالتزويج فيقع الملك فيه للمسلم ابتداء
وحقوقه راجعة اليه ثم يتصدق بثمن الخمر ان باعها الوكيل له لتمكن الخبث فيه
لقوله عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها وفي التوكيل
بشراء الخمر يملكها حكما فيخللها لانه منع عن الانتفاع بعينها فله ان يتصرف
فيها على وجه يتوصل به الى الانتفاع بها كما اذا ورثها او تخمر عصيره عليه ثم
يدفعه الى الوكيل لانتقال الملك اليه من جهته كما فيلزمه البدل وان كان
خنزيرا يسيبه وقولهما لا ولاية للموكل في هذا التصرف فكذا لوكيله منقوض
بمسائل منها ان رجلا لو توكل عن غيره بشراء عبد بعينه لا يملك ان يشتريه
لنفسه فلو وكل من يشتريه له فاشتراه له ملكه ومنها اذا ما تذمي وخلف
خمرا يامر القاضي ذميا ببيعها وان لم يملك بيعها هو ومنها لو كان مسلم وصيا
لذمي وللميت خمر يامر الوصي المسلم ذميا ببيعها وان لم يملكه هو واما نكاح
المجوسية فان المسلم لا يملكه ابتداء ولا بقاء فلا يمكن اثباته له حكما للتصرف فيه
بخلاف ما نحن فيه على ما بينا ولان المقصود من البيع الملك والمسلم اهل لملكها
والمقصود من النكاح الحل وانتفى الحل فيلغو **قال** وامة على
ان يعتقها المشتري او يدبرها او يكاتبها او يستولدها اي لا يجوز بيع امة على ان يفعل
بها المشتري شيئا من هذه الاشياء لنهيه عليه السلام عن بيع وشرط والاصل فيه
ان كل شرط لا يقتضيه العقد وهو غير ملائم له ولم يرد الشرع بجوازه ولم يجر
التعامل فيه وفيه منفعة لاهل الاستحقاق مفسد لما روينا فان شرط فيه

ما

ما يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري او شرط فيه الملائم للعقد كالرهن
والكفالة جاز لانهما للتوثقة والتاكيد لجانب الاستيفاء والمطالبة لان
استيفاء الثمن مقتضى للعقد وموكد للحاجة له اذا كان معلوما بان كان
الرهن والكفيل معينين او شرط فيه ما ورد الشرع بجوازه كالخيار والاجل
او شرط فيه ما جرى التعامل فيه بين الناس كشراء النعل على ان يحذوها البائع
او يشركها او شرط فيه ما لا منفعة فيه لاهل الاستحقاق واهل الاستحقاق
هو البايع والمشتري والمبيع الادمي والاجنبي لا يفسد البيع لورود الشرع به
او التعامل او لكونه ملائما وما عدا ذلك من الشروط مفسد لما فيه من زيادة
عرية من العوض فيفضي الى الربو ولانه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد
عن مقصوده لان المقصود من شرع الاسباب في المعاملات قطع النزاع المختص
به النابت للتسبب وقال الشافعي يجوز البيع بشرط الاعتاق وهو رواية
الحسن عن ابي حنيفة لان بيع العبد نسمة منعها وفي الوصايا وتفسيره
ما قلنا ولنا انه لا يقتضيه العقد اذ هو يقتضي الاطلاق اي تصرف
بينا لا تصرفا معينا فاشتراط مثله فيه مفسد له كاشتراط التدبير والاستيلاد
والكتابة فيه وتفسير بيع النسمة ان يبيعه ممن يعرف انه يعتقه لا اذا باعه
ممن يطلب رقبته للاعتاق عن كفارة او نذر وقيل تفسيره بان يعد المشتري
قبل الشراء ثم يشتريه من غير شرط في العقد ولو اعتقه المشتري جاز استحسانا
عند ابي حنيفة رحمه الله ويجب عليه الثمن وقالا يجب عليه القيمة وهو القياس
لان شرط الاعتاق مفسد فتحققه تقرير للفساد لا دفع له كسائر الشروط
المفسدة فصار كما اذا اتلفه بوجه اخر وجه الاستحسان ان اشتراط الاعتاق
مفسد من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما بينا ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه
منه بالملك والشيء بانتهائه يتقرر فلوجود صورة الشرط قلنا يفسد فاذا تحقق
العتق حكمنا بجوازه لتحقق الملائمة وهو الانتهاء فكان الحال قبله موقوفا
بخلاف الاستيلاد والتدبير حيث لا يعود صحيحا بهما لانهما ليسا بمنهيين
للملك وكذا اذا اتلفه بوجه اخر ولو باع جارية بشرط ان يطاها المشتري
او شرط ان لا يطاها فسد البيع عند ابي حنيفة لان العقد لا يقتضيهما
لا يقتضيه الاطلاق الانتفاع لا الحجر منه ولا الالزام وقال ابو يوسف صح
الاول لان العقد يقتضيه وفسد في الثاني لانه لا يقتضيه وعند
محمد صح فيهما لان الثاني اذ لم يقتضيه العقد فلا يرجع نفعه الى احد
وكان هذا شرطا لا مطالب له فلا يودي الى النزاع فلا يفسد **قال**
او الا حملها اي لا يجوز بيع امة الا حملها لانه لما لا يصح افراده بالعقد لا يصح

استثناؤه منه والحمل لا يجوز افراده بالبيع فكذا استثناؤه لانه بمنزلة
الاطراف نصا وشرطا فاستثناؤه فيه منفعة للبائع فيفسد البيع ثم
استثناء الحمل في العقود على ثلاث مراتب في وجه يفسد العقد والاستثناء
كالبيع والاجارة والكتابة والرهن لان هذه العقود تبطلها الشروط
الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد من الشروط.
اما ما لا يقوم به العقد حتى لو كاتب بشرط ان لا يخرج من البلد لا يفسد وله
ان يخرج لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال في حق المولى وتشبه
النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين في الحالين وفي
وجه العقد جائز والاستثناء باطل كالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح
عن دم العمد فلا يبطل العقد ويبطل الاستثناء ويكون الحمل تابعا للام
وهذه العقود بعضها موجب ضمان ثني وفي وجه يجوز العقد والاستثناء
جميعا كالوصية حتى لو اوصى بجارية لانسان الا حملها صح وكذا لو اوصى بحملها لاخر
صح لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيه فكذا الوصية بخلاف
الخدمة وفي العتق يتبعها الحمل ولو اعتق الحمل وحده صح قال او يستخدمه
البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او يقرض المشتري درهما او يهدي له او
يسلم الى كذا او ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا لان هذه الشروط
لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لاحدهما فيفسد ولانه ان كان
بعض الثمن بمقابلة العمل المشروط فهو اجارة مشروطة في بيع وان لم
يكن بمقابلته شيء فهي اعارة مشروطة فيه ونهى النبي صلى الله عليه وسلم
عن صفقتين في صفقة ولان الاجل يختص بالديون لانه شرع في الترفيه
حتى يتمكن من التحصيل به دون الاعيان اذ هي حاصلة متعينة بالعقد فلا
حاجة فيها الى التاجيل فيكون اشتراطه مفسدا قال وصح بيع نعل
على ان يحذوه ويشركه وقال زفر لا يجوز وهو القياس لان فيه شرطا
لا يقتضيه العقد وجه الاستحسان ان الناس تعاملوه ومثله يترك
القياس ولهذا اجزنا الاستصناع واستيجار الصباغ والظئر والحمام
وان كانت اجارة على استهلاك الاعيان قال لا البيع الى النيروز والمهرجان
وصوم النصارى وفطر اليهود وان لم يدر المتعاقدان ذلك اي لا يجوز
البيع الى هذه الاجال لانها مجهولة فتفضي الى المنازعة وقالوا اذا باع
الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز لان مدة صومهم بالايام
وهي معلومة قال والى قدوم الحاج والحصاد والدياس والقطاف
اي لا يجوز البيع الى هذه الاجال لانها تتقدم وتتاخر فتكون مجهولة

وهذا

وهذا لان هذه الاشياء افعال العباد فتثبت بحسب ما شرعوا والشهور
والاجال شرعت بالاوقات قال الله تعالى يسالونك عن الاهلة قل هي
مواقيت للناس وكذا الى الجزاز لما ذكرنا جز الصوف وكذا الى الجذاذ
وهو بالذال المعجمة تمام في قطع الثمار وبالمهملة خاص في النخل والحصاد
بفتح الحاء وكسرها قطع الزرع وقرئ بهما قوله تعالى وآتوا حقه يوم حصاده
والقطاف قطع العنب من الكرم والدياس ان يوطأ الطعام بالدواب قال
ولو كفل الى هذه الاوقات صح لان هذه جهالة يسيرة وهي محتملة في الكفالة
لكونها تبرعا فيجري التسامح فيها بخلاف البيع لانه مبادلة المال بالمال
فيكون مبناه على المماكسة والمضايقة فاذا كانت يسيرة امكن دفعها
باقتضائها بخلاف ما اذا كانت فاحشة كالكفالة الى هبوب الريح لان
الكفالة تشبه النذر لكونها ابتداء ولكونها التزاما محضا من غير ان يقابله
شيء وفي النذر تحتمل الجهالة وان كانت فاحشة وهي معاوضة انتهاء
باعتبار الرجوع على المكفول عنه ولا تحتمل الجهالة في المعاوضات
وان كانت يسيرة فعملنا بالشبهين في الحالين الا ترى ان الجهالة في الكفالة
تتحمل في اصل الدين حتى لو تكفل بما ذاب له على فلان صح فالوصف وهو
الاجل اولى بخلاف البيع حتى لا يصح من مجهول اصلا فكذا في وصفه قال
ولو اسقط الاجل قبل حلوله صح اي لو باع بهذه الاجال ثم اسقط المشتري
الاجال قبل ان ياخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز
البيع وقال زفر والشافعي لا يجوز لان العقد انعقد فاسدا فلا ينقلب
صحيحا باسقاط المفسد كما اذا اسقط الدرهم الزائد عن بيع الدرهم بالدرهمين
وكما اذا تزوج امراة الى عشرة ايام ثم اسقط الاجل ولنا ان المفسد شرط خارج
عن صلب العقد وهو يسير ولهذا اختلفت الصحابة فيه فينقلب صحيحا
عند ازالته او نقول العقد موقوفا فبالاسقاط تبين انه كان جائزا على ما
قاله مشايخنا وهو الصحيح لان فساده باعتبار انه يفضي الى المنازعة وقبل
مجيئه لا منازعة فلا يفسد والاول قول مشايخ العراق وعلى هذا الخلاف
كل عقد ينقلب صحيحا بازالته ينعقد فاسدا عندهم وموقوفا عند مشايخنا
بخلاف الدرهم الزائد لان الفساد فيه في صلب العقد لانه قابل العوض
وبخلاف الاجل في النكاح لانه عقد غير النكاح وهو المتعة والعقد لا
ينقلب عقدا اخر وقوله ولو اسقط الاجل قبل حلوله اشارة الى ان من له الحق
فيه وهو المشتري لان الاجل حقه فينفرد باسقاطه ولا يشترط فيه التراضي
وقول القدوري في مختصره فان تراضيا باسقاط الاجل وقع اتفاقا فلا يخرج

الشرط لان رضاه به الحق يكفي ولو باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات
جاز لانه تاجيل الدين وهذه الجهالة في تاجيل الدين متحملة لخلو العقد عن
المفسد بخلاف ما اذا كانت في العقد لان الجهالة متفاوتة فيفسد **قال**
ومن جمع بين حر وعبد او بين شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وان جمع بين
عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره او بين ملك ووقف صح في القن وعبده
والملك اما الاول فالمذكور على اطلاقه قول ابي حنيفة وعندهما ان سمي
ثمن كل واحد منهما جاز في العبد والذكية والا فلا لانه اذا سمى ثمنهما صار
صفقتين فيتقدر الفساد بقدر المفسد بخلاف ما اذا لم يسم لكل واحد
ثمنا لانه يبقى بيعا بالحصة ابتداء وهو لا يجوز وله ان الصفقة متحدة فلا
يمكن وصفها بالصحة والفساد فيبطل وهذا لان الحر والميتة لا يدخلان
في العقد لعدم شرطه وهو المالية فيكون قبول العقد في الحر والميتة شرطا
لجواز العقد في العبد والذكية فيبطل واما الثاني فهو على قول علمائنا
الثلاثة وقال زفر لا يصح لان محل العقد المجموع ولا يتصور ذلك لانتفاء
المحلية في المدبر ونحوه كام الولد والمكاتب وقد جعل قبول العقد فيه شرطا
لصحة العقد في المال فيفسد كالفصل الاول والفرق بين الفصلين لابي
حنيفة مطلقا ولهما اذا لم يفصل الثمن ان المدبر ونحوه يدخل تحت البيع ثم ينتقض
في حقه فينقسم الثمن عليهما حالة البقاء وهو غير مفسد وفي الفصل الاول
الحر ونحوه لا يدخل في البيع اصلا فلو جاز البيع فيما ضم اليه لكان بيعا بالحصة
ابتداء فلا يجوز لجهالة الثمن عند العقد بخلاف النكاح حيث يجوز نكاح المحللة
فيما اذا ضم اليها المحرمة فعقد عليهما جملة لان النكاح لا يبطل بالشروط
الفاسدة ولا بجهالة المهر فيكون صحيحا والدليل على ان المدبر وام
الولد والمكاتب وعبد الغير يدخل في البيع ان القاضي لو قضى بجواز بيع
المدبر وام الولد ينفذ وفي المكاتب ينفذ برضاه في الاصح وفي عبد الغير
باجازة مولاه ولولا انهم مال ولم يدخلوا في العقد لما نفذ كما في الحر والميتة
وانما يجوز فسخ العقد بعد الدخول لاستحقاقهم انفسهم في المدبر وام الولد
والمكاتب وفي عبد الغير لاجل مولاه فلا يكون بيعا بالحصة ابتداء بل في حالة
البقاء فلا يفسد وفيما اذا جمع بين ملك ووقف روايتان في رواية يفسد
في الملك لان البيع لا ينعقد على الوقف لانه صار محرزا عن الملك والتملك
فصار كما لو جمع بين حر وعبد ذكره الفقيه ابو الليث في نوازله والاصح
انه يجوز في الملك لان الوقف مال ولهذا ينتفع به انتفاع الاموال غير انه
لا يباع لاجل حق تعلق به وذلك لا يوجب فساد العقد فيما ضم اليه كالمدبر

ونحوه

ونحوه بخلاف المسجد حيث يبطل العقد فيما ضم اليه لانه ليس بمال ولهذا
لا ينتفع به انتفاع الاموال فصار كالحر ولو باع قرية ولم يستثن المساجد
والمقابر لم يصح لما ذكرنا وقال في المحيط فيه تصح في الملك وهو الاصح
لان البيع ينعقد على الوقف لانه مال متقوم الا ترى انه يضمن بالاتلاف
وهو مشكل فان المسجد كالحر على ما بينا فكيف يجوز البيع فيما ضم اليه
ولا سبيل لهذا الا اذا جعل استثناء للمساجد فيكون كانه باعه غير مواضع

فصل

المساجد والله اعلم **قال** واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد
بامر البائع وكل من عوضيه مال ملك المبيع بقيمته معناه اذا قبضه
ملكه ولزمه قيمته اذا كان القبض بامر البائع في العقد عوضان وكل
واحد منهما مال ذكر القبض لانه قبله لا يفيد الملك وذكر البيع الفاسد
احترازا عن الباطل فانه لا يفيد الملك وشرط ان يكون القبض بامر
البائع والمراد به اذنه لانه بغير اذنه لا يفيد الملك على ما عرف ولا بد
له من اذن صريح بعد الافتراق وقبله في المجلس يكتفى بالدلالة لان البيع
تسليط منه على القبض اذ مراده ان يملكه المشتري ولا يكون ذلك الا
بالقبض فكان ذلك تسليطا منه عليه كما في الهبة بخلاف البيع الصحيح
فان الايجاب فيه لا يكون تسليطا منه على القبض لان مقصوده وهو التملك
يحصل بدونه ولا حاجة الى اثباته هذا اذا لم يقبض البائع الثمن او قبضه
وهو مما لا يملك بالقبض كالخمر والخنزير وان كان مما يملك به وقبضه
كان اذنا منه بالقبض دلالة فلا يحتاج فيه الى التصريح به وان كان بعد
المجلس وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن
البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عنه البيع بالميتة ونحوه والبيع
مع نفي الثمن في رواية بخلاف البيع مع السكوت حيث ينعقد
فاسدا وقوله ملك المبيع بقيمته يعني قيمته يوم القبض لانه به يتقرر عليه
اذا كان المبيع من ذوات القيم وان كان من ذوات الامثال ملكه بمثله لانه
اعدل لكونه مثلا صورة ومعنى فلا يعدل عنه مع امكانه في الغصب هذا
على قول مشايخ بلخ وقال مشايخ العراق لا يملك العين وانما يملك فيها
التصرف خاصة بحكم تسليط البائع عليه استدلالا بما قال محمد رحمه
الله انما جاز عتقه لان البائع سلطه على ذلك وقال ايضا من اشترى
دارا شراء فاسدا فلا شفعة للشفيع فيها ولو ملكها المشتري لاخذها
الشفيع وكذا لو اشترى جارية لا يحل له وطؤها ولو وطئها يجب عليه العقر
اذا رفع الفساد وردها الى البائع ولو ملكها لحل ولم يجب العقر لمصادفته

ملكه كالامة الموهوبة تحل له وطيها ولا يجب عليه العقر اذا رجع الواهب
فيها وكذا زيادة الواهب فيها لا يطيب له الربح ولو ملكها لطاب وكذا لا
يحل له كل طعام اشتراه شرا فاسدا ولو ملكه لحل وجه القول الاول وهو
الاصح ان الاب او وصيه لو باع عبدا للصغير بيعا فاسدا فاعتقه المشتري
نفذ عتقه وكان الولاية ولو لم يملكه لما نفذ لان الاب والوصي لا يملكان
الاعتاق ولا التسليط عليه وكذا لو اشترى دارا شرا فاسدا فبيعت
بجنبها دار اخذها المشتري بالشفعة ولو لم يملكها لما استحق الشفعة
وكذا لو اشترى جارية وردها على البايع يجب عليه الاستبرا ولو لم يخرج
عن ملكه لما وجب وانما لم يحل له التصرفات من الوطي والاكل ولم يجب
الشفعة فيها لان الاشتغال بالوطي ونحوه اعراض عن الرد وهو واجب
شرعا وفي قضا القاضي بالشفعة تاكيد الفساد وتقرير وما ذكره محمد من
التسليط لا تدل على انه لا يملكه اذ المشتري ينصرف في المبيع بتسليط البايع
بسبب تمليكه اياه وقال الشافعي رحمه الله لا يملك بالفاسد العين ولا
التصرف وان قبضه لانه محظور لكونه منهيا عنه والنهي ليقتضي التحريم
والملك نعمة لكونه ذريعة الى قضا المارب ووسيلة الى تحصيل المطالب
فلا يناط به اذ لا يلائمه والملائمة شرط بين الامرين ولو ورد ان النهي فسخ
للمشروعية للتضاد بين كونه مشروعا وبين كونه منهيا عنه لان النهي
يقتضي قبحه والمشروعية تقتضي حسنه وبينهما تناف فكان باطلا لا ترى
انه لا يفيد قبل القبض وبه تزداد الحرمة والفساد فاني يثبت له
الملك فيه فصار كالميتة وبيع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر
من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفا في الاهلية
والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي عن الافعال
الشرعية يقرر المشروعية عندنا بخلاف عن الافعال الحسية لان النهي
يقتضي التصور ولهذا لا يقال للاعمى لا تبصر ولا للانسان لا تنطر
لعدم التصور منه فاذا كان من شرطه التصور فتصور الافعال الشرعية
بالشرع فاذا لم تكن مشروعة لم تكن متصورة فيبطل النهي اذ حقيقة
النهي يعرف في المكلف بالمنع مع قيام المنهي عنه وهو المحل على حاله فيقتضي
وجوده بالشرع فصارت مشروعة ضرورة صحة النهي والافعال الحسية
متصورة بذاتها فلا ضرورة الى جعلها مشروعة وهذا بخلاف
النسخ فانه تصرف في المحل بازالته من غير تعويض للمكلف فكانا في طرفي
نقيض فلا يمكن حمل احدهما على الاخر وتحقيق هذا ان النهي عن العقود

المشروعة لا يخرجها من ان تكون مشروعة وانما حرم مباشرتها وتحصيل
الحكم بذلك السبب مع بقايه سببا له عندنا كما اذا كان النهي لمعنى في غيره
كالبيع عند اذان الجمعة فانه مشروع على حاله مفيد لحكمه غير انه محظور
ولا يقال البيع عند الاذان منهي عنه لغيره وفيما نحن فيه لمعنى في نفسه
فلا يقاس عليه ما ليس في معناه لانا نقول النهي فيهما لمعنى في غيره
لكن ذلك المعنى في المستشهد به منفصل عنه مجاور له وفيما نحن فيه متصل
به وصفا فكان النهي فيهما لمعنى في غيره الا ترى انه لولا الشرط لجاز
العقد غاية الامر ان الوصف اقوى اتصالا من المجاورة وذلك لا يوجب
عدم المشروعية فكان مشروعا بانه غير مشروع بوصفه وظهر اثر القوة
في انعقاده فاسدا لا يفيد الملك الا بالقبض وهذا لانه لو اوجب الملك
قبله لثبت بلا عوض اذ المسمى لا يجب للفساد وضمان القيمة لا يجب
الا بالقبض ولانه واجب الرفع بعد القبض للفساد المتصل به فوجوب
الامتناع من المطالبة اولى وذلك بعدم الملك ولان ثبوت الملك به قبل
القبض يؤدي الى تقرير الفساد من حيث ان كلا منهما يجب عليه تسليم ملك
غيره وبالقبض يتقرر العقد وقوله وبينهما تناف قلنا لا تنافي اذ الاه
جعل مشروعا من وجه دون وجه على ما بينا والميتة ليست بمال في حق
احد فانعدم الشرط واذا باع الخمر بالدراهم فقد جعلها مثمنا وانما يكون
مثمنا وهي لا تجب بالعقد ولو انعقد لوجب قيمتها لتعذر تسليمها والقيمة
لا تصلح مثمنا وانما يكون ثمنا اذ لا عهد لنا في الشرع ان تكون القيمة
مبيعا في صورة من البياعات قال ولكل منهما فسخه يعني على كل واحد
منهما فسخه لان رفع الفساد واجب عليهما والا لام تكون بمعنى على كما في قول
الله تعالى وان اساتم فلها اي فعليها ويتمكن كل واحد منهما من الفسخ
قبل القبض بعلم صاحبه لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض
وكان بمنزلة البيع الذي فيه الخيار فكان كل واحد منهما بسبيل من فسخه
من غير رضا الاخر لكنه يتوقف على علمه لان فيه الزام الفسخ له فلا يلزمه
بدون علمه واما بعد القبض فان كان الفساد في صلب العقد بان كان
راجعا الى احد البدلين كالبيع بالخمر او الخنزير فكذلك ينفرد احدهما
بالفسخ لقوة الفساد وان كان الفساد بشرط زايد بان باع الى اجل
مجهول او غيره مما فيه منفعة لاحد المتعاقدين يكون لمن له منفعة الشرط
الفسخ دون الاخر عند محمد لان منفعة الشرط اذا كانت عايدة اليه
كان قادرا على تصحيحه بحذف الشرط فكان في حقه بمنزلة الصحيح لقدرته

عليه فلو فسخ الآخر لبطل حقه عليه وعندهما لكل منهما فسخه لانه مستحق
النقض حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد ومن له الفسخ قادر
على تصحيحه بحذف المفسد والكلام على ما قبل التصحيح فيفسخه بعلم صاحبه
في الكل وعند ابي يوسف لا يشترط علمه **قال** الا ان يبيع المشتري
او يهب او يحرر او يبني اي اذا تصرف فيه هذه التصرفات ليس لاحد منهما
ان يفسخ لان المشتري ملك المبيع بالقبض فينفذ فيه تصرفاته كلها وينقطع
به حق البايع في الاسترداد سوا كان تصرفا يقبل الفسخ او لا يقبله الا الاجارة
والنكاح فانهما لا يقطعان حق البايع في الاسترداد لان الاجارة عقد
ضعيف تفسخ بالاعذار وفساد الشرع عذر فيفسخ والنكاح لا يمنع فسخ البيع
فيفسخ ويرد على البايع والنكاح على حاله وما عداهما من التصرفات
يقطع حق الاسترداد لانه تعلق به حق العبد والفسخ لحق الشرع وما اجتمع
حق الله وحق العبد الا وقد غلب حق العبد لحاجته وغنا الله تعالى
بخلاف حق الشفعة حيث ينقض فيه تصرف المشتري لانه حق العبد وكانت
اولى الشفعة ولانه بالعتق قد هلك فيجب قيمته والبيع الثاني مشروع
باصله ووصفه والاول مشروع اصله دون وصفه فكان الثاني اولى بالاعتبار
وكذا الهبة مشروعة باصلها ووصفها فكانت اولى ولان تصرف المشتري
حصل بتسليط البايع فلا ينقض بخلاف الشفيع حيث ينقض تصرف المشتري
لعدم التسليط فيه والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا انه اذا
عجز المكاتب او فك الرهن يعود حق الاسترداد لزوال المانع وكذا لو رجع
في الهبة عاد حق الاسترداد سوا كان بقضا او بغير قضا لانه يعود اليه
قديم ملكه في الوجهين والرد بالعيب يعود حق الاسترداد لما ذكرنا وهذا
كله اذا عاد المبيع الى ملك المشتري بما يكون فسخا قبل قضا القاضي بالقيمة
على المشتري وان كان بعده لا يعود حق الاسترداد لانه قد تحول لزوم القيمة بقضا
القاضي ولا ينتقض قضاوه بعد ذلك كالعبد الوارث به لا يمنع حق الاسترداد
لان ملك الوارث خلافة فكان في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب
فيما اشتراه المورث ويرد عليه بخلاف ملك الموصى له على ما عرف في موضعه
وقوله او بنى اي ينقطع حق الاسترداد ببنا المشتري في العقار المشترى شرا
فاسدا وهذا عند ابي حنيفة وعندهما لا ينقطع وعلى هذا الخلاف الغرس
لهما ان حق البايع في الاسترداد اقوى من حق الشفيع في الاخذ حتى يحتاج في
الاخذ بالشفعة الى القضا ويبطل بالتاخير ولا يورث بخلاف حق البايع
ثم حق الشفعة مع ضعفه لا يبطل بالبنا والغرس فهذا اولى وله ان البنا

والغرس حصل بتسليط البايع وهو مما يقصد به الدوام فينقطع حقه في
الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا
يسقط ببيع المشتري وهبته فكذا ببنايه وشك يعقوب في حفظ الرواية
عن ابي حنيفة ونص محمد رحمه الله ان للشفيع ان ياخذ العقار المشترى شرا
فاسدا بالشفعة اذا بنى المشتري فيه عنده والبيع الفاسد لا يجب فيه
الشفعة ما دام حق الاسترداد باقيا فلما وجبت فيه الشفعة عنده علم
ان حق البايع في الاسترداد قد انقطع عنده وهذا ظاهر فاذا اخذ الشفيع
ياخذه بالقيمة كما اذا باعه المشتري فانه ياخذه بالقيمة ان اختار الاخذ
بالبيع الاول وينتقض الثاني وان شا اخذه بالبيع الثاني بثمنه لانه بيع صحيح
فامكن ايجاب ثمنه فاذا اخذه ههنا بالشفعة نقض البنا والغرس كما يفعل
في البيع الصحيح ولا يقال اذا انتقض الشفيع البنا عاد حق الاسترداد لزوال
المانع لانا نقول ينقضه بعد ما دخل في ملكه وملكه مانع من الاسترداد ثم
الاصل فيه ان المشتري متى فعل بالمبيع فعلا ينقطع به حق المالك في الغصب
ينقطع به حق البايع في الاسترداد كما اذا كان حنطة فطحنها ولو صبغ الثوب
روي عن محمد ان البايع بالخيار ان شا اخذه واعطا ما زاد فيه الصبغ وان
شا ضمنه قيمته كما في الغصب **قال** وله ان يمنع المبيع عن البايع حتى
ياخذ الثمن منه يعني اذا تفاسخا العقد قبض العوضين كان للمشتري ان يحبس المبيع
حتى يرد البايع الثمن الذي قبضه لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به
كالرهن وان افترق منه المبيع وان مات البايع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن
لانه يقدم عليه حال حيوته فكذا يقدم على تجهيزه بعد وفاته وعلى هذا ارباب
الديون والورثة وعلى هذا لو استاجر اجارة فاسدة ونقد الاجرة او
ارتهن رهنا فاسدا او اقرض قرضا فاسدا او اخذ به رهنا له ان يحبس
ما استاجر وما ارتهن حتى يقبض ما نقد اعتبارا بالعقد الجايز اذا تفاسخا
لانهما معاوضة فتوجب التسوية بين البدلين فان مات الموجر او الراهن
او المستقرض فهو احق بما في يده من المقبوض من ساير الغرما ولو اشترى من
مديونه عبدا بدين سابق له عليه شرا فاسدا وقبض العبد باذن البايع
فاراد نقض العقد استرداد البايع العبد بحكم الفساد ليس للمشتري ان يحبس
العبد لاستيفا ما له عليه من الدين بخلاف الصحيح وكذا لو كانت الاجارة
بدين سابق عليها وقبض المشتري المستاجر العبد ثم فسخ الموجر الاجارة
بحكم الفساد له ان يسترد العبد قبل ايفا الاجرة وليس للمستاجر الحبس للاجرة
بخلاف الصحيح وكذا الرهن الفاسد لو كان بدين سابق عليه **قال** وطاب

للبايع ما ربح لا للمشتري اي لو اشترى شيا يتعين بالتعيين مما لا يتعين كالدراهم
والدنانير وربح كل واحد منهما طاب للبايع ما ربح في الثمن ولم تطب للمشتري
ما ربح في المبيع لان العقد يتعلق بما يتعين فيتمكن الخبث فيه وما يتعلق العقد
الثاني بما لا يتعلق بل يجب مثله في الذمة فلم يتمكن الخبث فيه فلا يجب التصدق
به هذا في الخبث الذي لفساد الملك وان كان الخبث لعدم الملك كالمغصوب
والامانات اذا خان فيها المؤتمن فانه يشتمل ما يتعين وما لا يتعين عند ابي
حنيفة ومحمد لتعلق العقد بملك الغير فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين
شبهة من حيث انه يتعلق بملك الغير سلامة المبيع وتقدير الثمن وعند فساد
الملك تنقلب الحقيقة شبهة فصار في الحاصل ان الاموال نوعان ما يتعين
بالعقد وما لا يتعين والحرمة نوعان حرمة لعدم الملك وحرمة لفساده
وقد ذكرنا ما فيها من العمل وهل يتعين رد المقبوض من الثمن بعينه في البيع الفاسد
ام لا قيل يتعين لانه قبض مضمون بالمثل فصار كالغصب وقيل لا يتعين
لانه ملكه بالقبض فصار كما ملكه بالعقد كما في البيع الصحيح والاول اصح
وهو رواية ابي سليمان والثاني رواية ابي حفص فعلى هذا لا يطيب
له ما ربح في الثمن عندهما كما في المغصوب قال ولو ادعى على اخر دراهم
فقضاها اياه ثم تصادقا انه لا شيء عليه طاب له ربحه اي ربحه في الدراهم
لان الخبث لفساد الملك هنا لان الدين وجب بتصادقهما او لا فملكه ثم استحق
بالتصادق انه لا دين عليه وبدل المستحق مملوك الا ترى انه وجب بتصادقهما
لو باع عبد الجارية فاعتقه المشتري ثم استحقت الجارية لا يبطل العتق
في العبد ولولا انه مملوك لبطل لانه لا عتق فيما لا يملك ابن ادم وكذا
لو حلفا لا يفارق غريمه حتى يستوفي منه دينه فباعه عبد الغير بالدين
فقبضه الحالف وفارقه ثم استحق العبد مولاه ولم يجز البيع لا يحنث
الحالف لان المديون ملك ما في ذمته بالبيع وهو بدل المستحق ولا يحنث
الحالف بالاستحقاق فاذا كان مملوكا وهو سبب خبيث لكونه مملوكا لملك الغير
لا يعمل فيما لا يتعين ويعمل فيما يتعين على ما بينا من قبل قال وكره
النجش والسوم على سوم غيره والنجش بفتحتين ويروى بالسكون ان
يستام السلعة بان يزيد في ثمنها وهو لا يريد شراءها بل ليراه غيره فيقع فيه
وانما كرها لما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه السلام نهى عن النجش وعن
ابي هريرة انه عليه السلام نهى ان يبيع حاضر لباد وان يتناجشوا رواهما
احمد ومسلم والبخاري وقال عليه السلام لا يخطب الرجل على خطبة اخيه
ولا يسوم على سوم غيره وفي لفظ لا يبيع الرجل على بيع اخيه ولا يخطب على

خطبة

خطبة اخيه رواه احمد ومسلم والبخاري والمراد بالبيع الشراء وروى احمد
عن ابن عمر انه عليه السلام لا يبيع احدكم ولا يخطب على خطبة اخيه الا ان
ياذن له وروى النسائي عليه السلام قال لا يبيع احدكم على بيع اخيه
حتى يبتاع او يذر ولان في ذلك ايحاشا واضرارا به فيكره وانما يكره النجش
فيما اذا كان الراغب في السلعة يطلبها بمثل ثمنها واما اذا طلبها بدون
ثمنها فلا باس ان يزيد الى ان يبلغ قيمتها وكذا السوم انما يكره فيما اذا
جنح قلب البايع الى البيع بالثمن الذي سماه المشتري واما اذا لم يجنح
قلبه ولم يرض به فلا باس لغيره ان يشتريه باذ يد لان هذا بيع من يزيد
وقد قال انس انه عليه السلام باع قدحا وحلسا بيع من يزيد رواه احمد والترمذي
ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه وكذا النهي عن الخطبة محمول على ما بعد
الاتفاق والتراضي قال وتلقي الجلب اي كره تلقي المجلوب وصورته
ان واحدا من اهل المصر يتلقى الميرة فيشتري منهم ثم يبيعه بما شاء من الثمن
وانما كره لقول ابن مسعود رضي الله عنه انه عليه الصلاة والسلام نهى عن
تلقي البيوع رواه احمد والبخاري ومسلم وعن ابي هريرة انه عليه السلام
نهى عن تلقي البيوع رواه احمد ولا تلقوا الجلب الحديث رواه احمد ومسلم
وغيرهما من ائمة الحديث هذا اذا كان يضر باهل البلد بان كانوا في قحط وان
كان لا يضرهم فلا باس به الا اذا لبس السعر على الواردين قال وبيع
الحاضر للبادي لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم لا تتلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد فقيل لابن
عباس ما قوله لا يبيع حاضر لباد رواه البخاري والنسائي وتفسير ما ذكرناه
عن ابن عباس رضي الله عنهما وفي الهداية هذا اذا كان اهل البلد في قحط
وعوز وهو يبيع من اهل البلد وطمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار
بهم واما اذا لم يكن كذلك فلا باس به لانعدام الضرر وفي شرح البخاري
هو ان يجلب البادي السلعة فياخذها الحاضر ليبيعها له بعد وقت بانعدام
باعلى من السعر الموجود وقت الجلب قال والبيع عند اذان الجمعة
لقوله تعالى وذروا البيع ولان فيه اخلالا بالواجب على بعض الوجوه
وهو السعي بان قعد للبيع او وقفا له وذكر في النهاية انهما اذا تبايعا
وهما يمشيان فلا باس به وعزاه الى اصول الفقه لابي اليسر وهذا مشكل
فان الله قد نهى عن البيع مطلقا فمن اطلقه في بعض الوجوه يكون تخصيصا
وهو نسخ فلا يجوز بالراي والاذان المعتبر في تحريم البيع هو الاول اذا وقع
بعد الزوال على المختار وقد بيناه في كتاب الصلاة قال رحمه الله

لا بيع من يزيد اي لا يكره بيع من يزيد وقد بيناه **قال** ولا يفرق
بين صغير وذي رحم محرم منه كان الاخر صغيرا مثله او كبيرا لقوله عليه
السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة
رواه احمد والترمذي وعن علي رضي الله عنه انه قال امرني النبي صلى الله
عليه وسلم ان ابيع غلامين اخوين فبعتهما وفرقت بينهما فذكرت ذلك له
فقال ادركهما فارتجعهما ولا تبعهما الا جميعا رواه احمد وفي رواية وهب
لي النبي صلى الله عليه وسلم غلامين اخوين فبعت احدهما فقال لي ما فعل
غلامك فاخبرته فقال لي رده رده رواه الترمذي وابن ماجه وعن ابي
موسى قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم من فرق بين الوالدة وولدها
وبين الاخ واخيه رواه ابن ماجه والدارقطني وعن علي رضي الله عنه
انه فرق بين جارية وولدها فنهاه النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ورد
البيع رواه ابو داود والدارقطني ولان الصغير يستانس بالصغير
والكبير والكبير يتعاهده ويشفق عليه ويقوم بحوائجه باعتبار الشفقة
الناشئة من قرب القرابة وفي التفريق بينهما ايحاش الصغير وترك الرحمة
عليه وقال عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا ولا بد
من اجتماعهما في ملكه حتى لو كان احدهما له والاخر لابنه الصغير له ان يبيع
احدهما لان الملك متفرق فلا يتناوله النهي عن التفريق ثم المنع معلول
بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه قريب غير محرم ولا محرم غير قريب
ولو كان التفريق بحق مستحق عليه لا يكره كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين
ورده بالعيب لان المنع عن التفريق لدفع الضرر عن الصغير فلا يمكن من
دفع الضرر عنه على وجه يلحق الضرر بغيره وهو المولى وهذا لانه يتضرر
بالزامه الفدا او الجناية والزامه القيمة للغرماء والزامه المعيب
من غير اختياره وكذا لا باس بالتفريق اذا تعذر اخراج احدهما بالتدبير
او الاستيلاد او الكتابة لما ذكرنا وله ان يعتق احدهما وان كان فيه تفريق
لانه انفع له من ابقائه على الرق ولانه ليس بتفريق معنى لان الحر يقدر ان
يدور معه حيث دار وكذا له ان يبيع احدهما ممن حلف بعتقه ان اشتراه
او ملكه لما ذكرنا انه اعتاق ولو كان الولد مسلما وامه كافرة بان اسلم ابوه
وتبعه ومولاها كافر يؤمر ببيع الولد وحده لانه خير له من ابقائه في ذل الكفر
وفي النهاية هذا كله اذا كان المالك مسلما حرا كان او مكاتبا او ماذونا
له في التجارة واما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق لان ما فيه من الكفر اعظم
والكفار غير مخاطبين بالشرائع ولو كان للصغير قريبان مستويان في القرب فان

اختلفت

اختلفت جهة قرابتهما له لا يفرق ولا يباع واحد منهما دونهما وذلك مثل الاب
والام والاخ لاب والاخت لام والابوين بان ادعاه رجلان معا او عمه وخاله
لان لكل منهما شفقة ليس للاخر وله بكل واحد منهما استيناس بخلاف الاستيناس
بالاخر وان اتحدت جهة قرابتهما كالاخوين او الخالتين او العمتين لاب وام
او لاب او لام يكتفي باحدهما معه لان حق الصغير يرعى به فيبيعه او يتركه
مع الواحد منهما لانه يستانس به ويقوم بحوائجه وان كان احدهما اقرب من الاخر
كما لو كان مع الام او الجدة عمه او خاله او احد الاخوة والاخوات او كان مع الاخ
لاب وام اخ لاب او لام لا يعتد بالابعد لان شفقته مع شفقة الاقرب
كالعدم وينفذ البيع في الكل لان النهي لغيره وهو ما فيه من ايحاش الصغير
او الاضرار باهل البلد او بالوارد اذا التبس السعر عليهم ونحو ذلك على ما
بيناه فلا يوجب الفساد وعن ابي يوسف انه يفسد البيع في قرابة الولاد ويجوز
في غيره وعنه انه يفسد في الجميع لما روينا انه عليه السلام رد البيع في الولاد
وامر بالرد في غيره وهو لا يكون الا في الفاسد ولنا ان ركن البيع صدر
من اهله مضافا الى محله فينعقد والنهي لمعنى مجاور له غير متصل به فلا
يوجب الفساد كالبيع عند الاذان والشراء على سوم غيره والمروي
محمول على الاقالة او على بيع الاخر ممن باع منه احدهما **قال** رحمه
الله بخلاف الكبيرين والزوجين حيث يجوز تفريقهما لان النص ورد
على خلاف القياس في القرابة المحرمة للنكاح اذا كان صغيرا فلا يلحق به
غيره لان الكبيرين او الزوجين وان كانا صغيرين ليسا في معنى المنصوص
عليه وذكر سلمة بن الاكوع انهم اصابوا سبيا من فزارة وفيهم امراة معها
بنت لها فنفله ابو بكر ابنتها وكان عليهم اميرا فلما قدموا المدينة فقال له
النبي صلى الله عليه وسلم يا سلمة هب لي المراة فذكر انها اعجبته ولم يكشف
لها ثوبا ثم قال هي لك يا رسول الله فبعث بها فبعث بها عليه السلام
الى اهل مكة وفي ايديهم اسارى من المسلمين ففداهم بتلك المراة والحديث
فيه طول رواه احمد ومسلم وفرق عليه السلام بين مارية وسيرين وكانتا
اختين حقيقتين ولو كان مع امراة صبي ادعت انه ابنها لا يثبت نسبه منها
لانها تحمل النسب على الغير ولا يفرق بينها وبينه لان قول الواحد مقبول
في الديانات لا سيما في موضع الاحتياط وقد وجد فيه امارة الصدق ولو
باع الام على انه بالخيار ثم اشترى الولد يكره البيع لانهما اجتمعا في ملكه
فيعتبر مفرقا بالبيع ولو كان في ملكه صبي واشترى امه بشرط الخيار له
ان يردها بالاتفاق اما عند ابي حنيفة فلانهما لم تجتمعا في ملكه فلم يكن

من قال واما عندهما فلانه لو لم يكن له الرد لتضرر به لان الفسخ حقه فلا يمنع
منه

باب الاقالة

قيل الاقالة مشتقة من القول والهمزة للسلب اي ازال القول الاول وهو
ما جرى بينهما من البيع كاشكى اي ازال شكواه ولا يكاد يصح هذا لانهم قالوا
قلته البيع بالكسر فدل على ان عينه ياء ولو كان من القول لقيل قلته بالضم
وقد قالوا اقاله البيع قيلا وهذا ادل من الاول وهي مشروعة مندوب
اليها لقوله عليه السلام من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيامة
قال رحمه الله هي فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله الا ان لا يمكن جعلها فسخا بان ولدت المبيعة بعد القبض او
هلك المبيع في غير المقايضة فتبطل الاقالة ويبقى البيع على حاله لتعذر
الفسخ اذ الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع تمنع الفسخ لما ذكرنا في باب
الرد بالعيب ولا يتصور الفسخ بعد هلاك المبيع على ما سنبين فتبطل هذا
اذا تقايلا بعد القبض وان كان قبل القبض فهي فسخ في غير العقار في حق
الكل لتعذر جعلها فسخا وقال ابو يوسف هي بيع الا ان لا يمكن جعلها بيعا
بان كانت قبل القبض في المنقول باكثر من الثمن الاول او باقل منه او بجنس
اخر او بعد هلاك السلعة في غير المقايضة فتبطل ويبقى البيع الاول على
حاله لان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الاول وقد
سنبين خلافه وقال محمد هي فسخ الا اذا تعذر جعلها فسخا بان تقايلا باكثر
من الثمن الاول او بخلاف جنسه او ولدت المبيعة بعد القبض فيجعل بيعا
حديثا الا ان لا يمكن جعلها فسخا ولا بيعا بان كانت قبل القبض باكثر من
الثمن الاول او بجنس اخر فتبطل ويبقى البيع الاول على حاله لان الفسخ لا يكون
على خلاف البيع الاول والبيع لا يجوز قبل القبض وبالاقل من الثمن يكون
فسخا عنده وبالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن وهو لو سكت عن الكل
كان فسخا فكذا اذا سكت عن البعض لمحمد ان اللفظ موضوع للفسخ والرفع
تقول اللهم اقلني عثراتي فيعمل بمقتضاه واذا تعذر يحمل على محتمله وهو
البيع ولهذا صار بيعا في حق ثالث لعدم ولايتهما عليه ولابي يوسف انها
تمليك من الجانبين بعوض بالتراضي وهو البيع والعبرة للمعاني دون
الالفاظ المجردة كما تجعل الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة وبالعكس كفالة
ولهذا يبطل بهلاك المبيع ويرد بالعيب وتتجدد بها حق الشفعة للشفيع
وهذه احكام البيع الا اذا تعذر فيحمل فسخا لانها موضوعة له ومحتملة
ولابي حنيفة رحمه الله انها تنبئ عن الفسخ والرفع والاصل في الكلام ان يحمل

على

على حقيقته ولا يحتمل ابتداء العقد اصلا ليحمل عليه عند التعذر ولهذا لو
اراد به ابتداء العقد لا يصح ولو كان محتملا له لصح وانما لا يصح لانه ضده
واللفظ لا يحتمل ضده فصار باطلا وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري
لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة فجعل عليه في حق
غيرهما لعدم ولايتهما عليه قال ويصح بمثل الثمن الاول وشرط الاكثر
او الاقل بلا تعيب وجنس اخر لغو ولزمه الثمن الاول وهذا عند ابي حنيفة
لانه لما كانت الاقالة عنده فسخا والفسخ يرد على عين ما يرد عليه العقد
كان شرط خلاف الثمن الاول باطلا وشرط لعدم جواز اشتراط الاقل عدم
التعيب عند المشتري واما اذا تعيب عنده فيجوز بالاقل فيجعل الحط
بازاء ما فات بالعيب ولهذا يشترط ان يكون النقصان بقدر حصته ما فات
بالعيب ولا يجوز ان ينقص اكثر منه ولا يجوز الا بلفظ الاقالة بلفظين
يعبر باحدهما عن الماضي والاخر عن المستقبل كالنكاح وعند محمد رحمه الله
يشترط ان يعبر بهما عن الماضي ولو كانت الاقالة بلفظ المفاسخة او الرد
او المتاركة لا يكون فسخا ثم فائدة كون الاقالة فسخا في حق المتعاقدين
تظهر في خمس مسائل احدها ان يجب على البائع رد الثمن الاول وما سميا
بخلافه يكون باطلا والثانية ان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة
ولو كانت بيعا في حقهما لفسدت والثالثة اذا تقايلا ولم يرد البائع
الثمن حتى باعه بثمنه ثانيا جاز ولو كانت بيعا لفسد لكونه باعه قبل
القبض ولو باعه من غير المشتري لم يجز لانه بيع جديد في حق غيرهما والرابعة
اذا وهب المبيع من المشتري بعد الاقالة قبل القبض جازت الهبة ولو كانت
بيعا لا تنفسخ لان البيع ينفسخ بهبة المبيع للبائع قبل القبض والخامسة
لو كان المبيع كيلا او موزونا وقد باعه منه بالكيل او الوزن ثم تقايلا
واسترد المبيع من غير ان يعيد الكيل او الوزن جاز قبضه وقوله بيع في حق
غيرهما تظهر فائدته في خمس مسائل احداها لو كان المبيع عقارا فسلم الشفيع
الشفعة ثم تقايلا يقضى له بالشفعة لكونها بيعا جديدا في حقه كانه
اشتراه منه والثانية اذا باع المشتري المبيع من اخر ثم تقايلا ثم اطلع
على عيب كان في يد البائع فاراد ان يرده على البائع ليس له ذلك لانه بيع
في حقه فكانه اشتراه من المشتري والثالثة اذا اشترى شيئا فقبضه
ولم ينقد الثمن حتى باعه من اخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري فاشتراه منه
قبل نقد ثمنه باقل من الثمن الاول جاز وكان في حق البائع كالمملوك بشراء
جديد من المشتري الثاني والرابع اذا كان المبيع موهوبا فباعه الموهوب

لا ثم تقايلا ليس للواهب ان يرجع في هبته لان الموهوب له في حق الواهب
بمنزلة المشتري من المشتري منه والخامس اذا اشترى بعروض للتجارة عبدا
للخدمة بعد ما حال عليه الحول فوجد به عيبا فرده بغير قضاء واسترد العروض
فهلكت في يده فانه لا يسقط عنه الزكوة لانه بيع جديد في حق الثالث وهو
الفقير لان الرد بالعيب بغير قضاء اقالة وقوله بيع في حق ثالث يجري على
اطلاقه وقوله فسخ في حق المتعاقدين غير مجرى على اطلاقه لانه انما يكون
فسخا فيما هو من موجبات العقد واما يجب بشرط زائد فالاقالة فيه
يعتبر بيعا جديدا في حق المتعاقدين ايضا كما اذا اشترى بالدين المؤجل
عينا قبل حلول الاجل ثم تقايلا لا يعود الدين حالا كانه باعه منه وكما اذا
تقايلا ثم ادعى رجل ان المبيع ملكه وشهد المشتري بذلك لم تقبل شهادته
كانه هو الذي باعه ثم شهد انه لغيره ولو كان فسخا لقبلت الا ترى ان المشتري
لو رد المبيع بعيب بقضاء وادعى المبيع رجل وشهد المشتري بذلك تقبل
شهادته لانه بالفسخ عاد ملكه القديم فلم يكن متلقيا من جهة المشتري لكونه
فسخا من كل وجه وكذا لو باع عبدا بطعام بغير عينه وقبض ثم تقايلا
لا يتعين الطعام المقبوض للرد كانه باعه من البائع بطعام غير معين
وكذا لو قبض اردى من الثمن الاول او اجود منه يجب رد مثل المشروط في البيع
الاول كانه باعه من البائع بمثل الثمن الاول وقال الفقيه ابو جعفر يجب
عليه رد مثل المقبوض لانه لو وجب عليه مثل المشروط للزمه زيادة ضرر
بسبب تبرعه ولو كان الفسخ بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء يجب رد
المقبوض اجماعا لانه فسخ من كل وجه بخلاف الاقالة والرد بالعيب بغير
قضاء **قال** وهلاك المبيع يمنع اي يمنع صحة الاقالة لان شرط صحة
الاقالة قيام العقد لانها رفع العقد والعقد يقوم به وهو محل له
فلا يبقى بعد هلاكه بخلاف هلاك الثمن حيث لا يمنع من صحتها لان الثمن ليس
بمحل للعقد فلا يشترط قيامه وهذا لانه يثبت له حكم الوجود في الذمة
بالعقد فكان حكما للعقد وحكم الشيء يعقبه فلا يكون محلا له لان المحل شرط
والشرط يسبق فكان بينهما تناف ولهذا يبطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض
لا بهلاك الثمن **قال** وهلاك بعضه بقدره اي هلاك بعض المبيع يمنع
صحة الاقالة بقدره لان الجزء معتبر بالكل فيتقدر بقدره ولو تقايضا عبدا
بجارية فهلك احدهما صحت الاقالة في الباقي منهما لان كل واحد منهما مبيع
فكان البيع قائما بخلاف ما لو هلكا جميعا حيث لا يجوز لعدم محله بخلاف ما لو
هلك البدلان في الصرف حيث تجوز الاقالة بعد هلاكهما لان المعقود عليه

في الصرف ما وجب لكل واحد منهما في ذمة صاحبه وذلك لا يتصور هلاكه والمقبوض
غيره فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة ولهذا لو كانا قائمين وتقايلا لا يلزمهما
رد المقبوض بعينه بل لهما ان يردا مثل المقبوض من جنسه فعلم بذلك انه لا
تعلق له بالمقبوض الا ترى انهما لو تقايلا فيه فهلك البدل لا تبطل الاقالة
فكذا لو تقايلا بعد هلاكهما بخلاف بيع المقايضة لان الاقالة تتعلق باعيانهما
كالبيع فتبطل بهلاكهما قبل القبض كالبيع لتعين البدلين فيها والله اعلم

باب المرابحة والتولية

وهو ان يجعل غيره واليا وكان المشتري يجعل المشتري منه واليا لما اشتراه
ثم انواع البياعات بحسب الثمن الذي يذكر بمقابلة السلعة انواع اربعة
المساومة وهي التي لا يلتفت فيها الى الثمن السابق والمرابحة والتولية
والوضيعة وهي البيع بانقص من الثمن الاول **قال** رحمه الله يعني التولية
بيع بثمن سابق والمرابحة به وبزيادة وهذا احسن من قول بعضهم بما نقل ما ملكه
بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح او من غير زيادة ربح لانه لا
يشترط فيه ان ينقل ما ملكه بالعقد حتى لو ضاع المغصوب عند الغاصب وضمن
قيمته ثم وجده جاز له ان يبيعه مرابحة وتولية على ما ضمن وان لم يكن فيه
نقل ما ملكه بالعقد والعقدان جائزان شرعا لاجتماع شرائط البيع وللتعامل
الناس بهما الى يومنا هذا ولان من لا يهتدي الى التجارة يحتاج ان يعتمد
على ما فعل الذكي المهتدي فيها وتطيب نفسه بالزيادة على ما اشتراه
ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهتها ومست
الحاجة الى هذا النوع من البياعات فوجب القول بجوازهما ولما اراد عليه
السلام الهجرة ابتاع ابو بكر بعيرين له عليه السلام ولني احدهما فقال هو
لك بغير شيء فقال اما بغير ثمن فلا **قال** وشرطها كون الثمن الاول
مثليا لانه اذا لم يكن مثليا لم يعرف قدره فلا يتحقق التولية ولا المرابحة
فلا يجوز الا اذا باعه بذلك البدل ممن يملكه او به وبزيادة ربح معلوم
فحينئذ يجوز لانتفاء الجهالة ولو باعه به وبعشر قيمته او ثمنه لا يجوز لانه
باعه بذلك وببعض قيمة ذلك البدل وهو مجهول فلا يجوز ولو كان البدل
مثليا فباعه به وبعشره ان كان المشتري يعلم جملة الثمن صح وان لم يكن عالما
به فان علم في المجلس جاز وله الخيار والا فسد كما لو باع الثوب برقمه
ومن شرطها ان لا يكون صرفا حتى لو باع دنانير بدراهم لا يجوز فيه المرابحة
ولا التولية لانها في الذمة فلا يتصور فيه المرابحة والتولية والمقبوض
غير ما وجب بالعقد **قال** وله ان يضم الى راس المال اجر القصار و[illegible]

والصبغ والطراز والفتل وحمل الطعام وسوق الغنم لان العرف جار بالحاق
هذه الاشياء برأس المال وهو المعتبر ولهذا الجد ذلك حاصله اذا تبين له
والاصل فيه ان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما
ذكرنا بهذه الصفة لان الصبغ والفتل والقصارة والطراز يزيد في العين
والحمل والسوق يزيدان في القيمة لانها تختلف باختلاف الاماكن وعلى هذا له
ان يضيف اليه اجرة الغسل والخياطة ونفقته تحصيل الدار وفي البير وكري
الانهار والقناة والمسناة والكراب وكسح الكروم وسقيها والزرع وغرس الاشجار
فان فعل شيئا من ذلك بنفسه لا يضمه وذكر في المحيط انه يضم طعام المبيع وكسوته
وكراه واجرة السمسار ان كانت مشروطة في العقد والا فاكثرهم على انها لا تضم
ولا تضم اجرة الدلال بالاجماع وكذا ما هو سبب لبقائه الى وقت كالطعام وفي
المجوز يضم لانه يزداد قيمته من حيث انه يدفع عنه ضرر الحر والبرد قال
ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب قال ولا يضم
اجرة الراعي والتعليم وكذا اجرة الحفاظ لعدم العرف بالحاقه برأس المال ولان
الراعي محض ولا يزيد في العين ولا في القيمة شيئا وثبوت الزيادة في التعليم
لمعنى في نفسه وهو ذكاؤه وذهنه ولا تضم حفر البير ولا تضم اجرة من يذبح الحيوان
ويسلخها واتخاذ الخشب ابوابا وثقب اللؤلؤة ولو زوج العبد لا يضم المهر
الى رأس المال ولا يحط مهر الامة لو زوجها ولا تضم اجرة الطبيب والرائض والبيطار
والحجامة وجعل الآبق ونفقته نفسه وكراه واجرة الختان والغداء في الجباية
لان التجار لا يضمون هذه الاشياء الى رأس المال ولانها لا تزيد شيئا في
العين ولا في القيمة فلا يجوز الحاقها برأس المال والذي يوخذ في الطريق
من الظلم لا يضم الا في موضع جرت العادة فيه بينهم بالضم قال فان اطلع
في مرابحة اخذه بكل ثمنه او رده وحط في التولية وهذا عند ابي حنيفة رضي الله
عنه وقال ابو يوسف رحمه الله يحط فيهما وقال محمد يخير فيهما له انهما عقدا
باختيارهما بثمن معلوم فينعقد بالمسمى فيه كما لو باعه مساومة وذكر المرابحة
والتولية للترويج والترغيب فيجري مجرى الوصف فاذا فات الوصف
المرغوب فيه يخير كما في سائر الاوصاف وكما اذا وجده معيبا ولابي يوسف
ان الاصل فيه هو المرابحة والتولية ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن
الاول او بعتك مرابحة على ان الثمن الاول اذا كان الثمن والربح معلومين
وذكر الثمن جار مجرى التفسير فلا يعتبر به العقد الثاني على الاول في
حق الثمن وقدر الخيانة لم يكن ثابتا في العقد الاول فلا يمكن اثباته
في العقد فيحط منه ورده عن ان في التولية يحط قدر الخيانة من الثمن لا غير

ويح

وفي التولية يحط ذلك القدر من رأس المال ويحط من الربح ايضا بحسابه لان
الربح ينقسم عليهما فما اصاب الخيانة سقط معه وما اصاب غيره ثبت معه ولابي
حنيفة رضي الله عنه في الفرق بينهما ان التولية بناء على العقد الاول من كل
وجه فلا بد من تقديره بالثمن الاول ولا يثبت فيه ما لم يكن ثابتا في العقد
الاول والمرابحة عقد مبتدأ باشراه باختيارهما وليس يبنى على الاول فينعقد
بالثمن المسمى فيه ولهذا لا يحتاج في التولية الى ذكر الثمن وفي المرابحة لا بد
من ذكر الثمن ليتبين قدر الربح فينعقد بما سمياه ولانه لو لم يحط في التولية
لم تبق تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيصير مرابحة فيتغير به التصرف
ولو لم يحط في المرابحة يبقى مرابحة على حاله الا ان الربح اكثر مما ظنه المشتري فلم
يتغير التصرف فيه فامكن اعتبار التسمية فيه وثبت له الخيار لفوات الرضا
ولو هلك المبيع قبل ان يرده او حدث به ما يمنع الرد لزمه جميع الثمن المسمى
وخياره عند ابي حنيفة وهو المشهور من قول محمد لانه مجرد خيار فلا يقابله
شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لان المستحق فيه
للمشتري الجزء الفائت وعند العجز عن تسليمه يسقط ما يقابله من الثمن وعن
محمد رحمه الله ان المشتري يرد قيمة المبيع ويرجع على البائع بما دفعه اليه من
الثمن بناء على اصله في اقامة القيمة مقام المبيع في التحالف وعلى قول ابي
يوسف رحمه الله يحط كيف ما كان وكذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه في التولية
لانه لم يكن له خيار الرد والاخذ منه وانما يلزمه الاخذ بالثمن الاول ولو وجد
المولى بالمبيع عيبا او حدث به عنده عيب لا يرجع بنقصان العيب لانه لو
رجع يصير الثمن الثاني انقص من الاول وقضية التولية ان يكون
مثل الاول قال ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه
بربح طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك اذا باعه مرابحة وان استغرق الربح
الثمن لا يبيعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يبيعه مرابحة على
الثمن الاخير صورته اذا اشترى ثوبا بعشرين ثم باعه مرابحة بثلاثين ثم
اشتراه بعشرين فانه يبيعه مرابحة على عشرة ويقول قام علي بعشرة ولو
اشتراه بعشرين وباعه باربعين مرابحة ثم اشتراه بعشرين لا يبيعه مرابحة
اصلا وعندهما يبيعه مرابحة على عشرين في الفصلين لان الاخير عقد
متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز المرابحة بناء عليه كما اذا
تخلل ثالث بان باعه المشتري من اجنبي ثم باعه الاجنبي من البائع ثم اشتراه
الاول منه فانه يبيعه مرابحة على الثمن الاخير وله ان شبهة حصول الربح
الاول بالعقد الثاني لانه يتاكد به بعد ما كان على شرف الزوال بالظهور

على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لا يجوز المرابحة
فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيه وكذا فيما اشتراه من اصوله
او فروعه لما بينهم من التوسع في مال البعض فيصير كانه اشترى عشرة
وثوبا بعشرين في الفصل الاول فيطرح عشرة لانه بالعقد الثاني
تاكد ما كان على شرف السقوط وللتاكيد حكم الايجاب الا ترى ان شهود الطلاق
قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لتاكيدهم ما كان على شرف
السقوط بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التاكد حصل بغيره ويصير في
الفصل الثاني كانه اشترى ثوبا وعشرين بعشرين درهما فصار العشرون
بالعشرين ولم يبق في مقابلة الثوب شيء فلا يبيعه مرابحة ولا يقال على
هذا اوجب ان يفسد البيع لعدم ما يقابل الثوب من الثمن لانا نقول الربح
الاول لم يصر مقابلا بالثوب في العقد الثاني حقيقة وانما اعطي له حكم
المقابلة احترازا عن الخيانة فيما بني على الامانة وتصحيحا للعقد ولا
ينتقض بذلك لانه لا فساد للعقد لان المنع في باب المرابحة لحق العبد لا لحق
الشرع ومما يلزم ما اذا باع مساومة والمسئلة بحالها حيث يجوز بالاجماع
لانها ليست بمبنية على الامانة **قال** ولو اشترى ماذون مديون
ثوبا بعشرة وباعه من سيده بخمسة عشر يبيعه مرابحة على عشرة وكذا العكس
اي وكذا لو اشترى المولى ثوبا بعشرة ثم باعه من عبده الماذون له في التجارة
المستغرق في الدين بخمسة عشر يبيعه العبد مرابحة على عشرة لان العقد
الذي جرى بينهما وان كان صحيحا لافادته ملك العين والتصرف ففيه شبهة
العدم لان العبد ملكه وما في يده لا يخلو عن حقه فاعتبر عدما في حق
المرابحة لابتنائها على الامانة فيبقى الاعتبار للشراء الاول فصار كان العبد
اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى في الفصل
الثاني فيعتبر الثمن الاول لا غير لان الزائد عليه داير بين المولى
والعبد فلم يتم خروجه عن ملك من كان له وهذا لان المرابحة بيع امانة
لقبول قوله من غير بينة ولا يمين فينبغي عنها كل تهمة وشبهة خيانة والمسامحة
بينهما ظاهرة لكل احد فيكون ما زاد على الثمن الاول باقيا على ملكه فلا
يعتبر الثمن الاول خارجا هذا اذا كان الدين مستغرقا وان لم يكن فانه اشتراه من عبده
او من سيده جاز لزوال التهمة واشتراط الدين على العبد كانه وقع اتفاقا
لانه اذا كان لا يجوز مع الدين ان يبيعه مرابحة فمع عدم الدين اولى لوجود
ملك المولى فيه بالاجماع وذكر في المبسوط هذه المسئلة ولم يقيد بدين العبد
والمكاتب في هذا كالعبد الماذون له لوجود التهمة بينهما **قال** ولو

كان

كان مضاربا بالنصف يبيع مرابحة رب المال باثني عشر ونصف اي لو كان من عمل هذا
العمل مضاربا بان كان معه عشرة دراهم مضاربة بالنصف فاشترى
ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر
ونصف لان نصف الربح وهو درهمان ونصف سالم لرب المال ولم يخرج عن
ملكه فيحط عن الثمن فيبقى اثني عشر ونصف خارجة عن ملكه عشرة منها
دفعها المضارب الى بايعه ودرهمان ونصف نصيب المضارب من الذي
دفعه اليه رب المال بحكم انه الثمن فتم ما خرج منه في تحصيل هذا الثوب
اثني عشر درهما ونصف فيبيعه مرابحة عليها وقال زفر لا يجوز هذا البيع
من رب المال لانه بيع ماله بماله قلنا يستفيد ملك الرقبة وكان صحيحا
لافادته ولا يلزم من جوازه البيع افادة ملك الرقبة الا ترى ان المكاتب
يجوز تصرفاته ولا يفيد ملك الرقبة وانما يفيد ملك اليد فعلم بذلك
ان البيع يتبع الفائدة لان الملك عيني وقد وجدنا الفائدة هنا اما في
حق المضارب فظاهر واما في حق رب المال فانه يملك التصرف فيما اشتراه
منه بالشراء ولا يملكه قبله وان كان ملكه لان المضارب تعلق له به حق
ولهذا لا يملك رب المال الجارية التي اشتراها المضارب وان لم يكن فيها
ربح وكذا لا يملك نهيه عن بيع العروض والكلام فيه لكنه مع هذا فيه شبهة
العدم لان المضارب وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني
عدما في حق نصف الربح **قال** ويرابح بلا بيان بالتعيب ووطء الثيب
اي اذا تعيب المبيع من غير صنعه او وطئ الثيب يبيعه مرابحة من غير ان يبين
لانه لم يحتبس عنده شيء مما يقابله الثمن لان الفائت وصف وهو لا يقابله
شيء من الثمن بمجرد العقد لكونه تبعا ولهذا لو حدث بالمبيع عيب قبل القبض
لا يسقط شيء من الثمن غير ان المشتري يتخير بين اخذه بجميع الثمن او تركه وكذا
منافع البضع لا يقابلها الثمن وعن ابي يوسف في التعيب انه لا يبيع من غير
بيان كما اذا حصل بفعله وهو قول الشافعي وزفر على اختلاف تخريجهما فان
زفر يوجب البيان باعتبار ان المشتري لو علم انه اشتراه غير معيب لم يرض
بذلك الثمن بعد ما دخله العيب والشافعي يوجب البيان باعتبار ان
الاوصاف لها حصة من الثمن عنده ولا فرق فيها بين ان يحصل بفعله او بافة
سماوية ونحن نقول ما يقابله الثمن كله قائم فلا يبالي بذهاب ما لا يقابله
الثمن الا ترى انه لو مسح الثوب المشتري لا يجب عليه البيان فصار نظير ما
اذا انتقص بتغير السعر وفي نوادر هشام ذكر محمد فقال اذا نقصه العيب شيئا
يسيرا وان نقصه قدر ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بيعه مرابحة **قال**

وبيانا بالتعييب ووطئ البكر اي بيعه مرابحة بشرط ان يبين العيب اذا
كان حادثا بالتعييب منه سواء كان ذلك بفعله او بفعل غيره واخذ ارشه لانه
صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن ووطئ البكر تعييب بفعل
المبيع في نفسه كما اذا فقأ عين نفسه فهو بمنزلة ما لو تعيب بآفة سماوية
فجاز ان يبيعه مرابحة من غير بيان لان فعله في نفسه هدر فلا يعتبر
ثم اعلم ان المراد بقولهم يبيعه مرابحة من غير بيان اي من غير بيان انه اشتراه
سالما بكذا من الثمن ثم اصابه العيب عنده بعد ذلك واما بيان نفس
العيب فلا بد منه بان يبين العيب والثمن من غير ان يبين انه اشتراه
سالما ثم وجد به العيب عنده لان بيان ما فيه من العيب واجب شرعا لقوله
عليه السلام من غشنا فليس منا فلا يجوز اخفاؤه ثم في كل موضع ليس له ان يبيعه
مرابحة الا ببيان فلم يبين فللمشتري ان يرده عليه اذا علم خيانته وعلى
هذا لو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة من غير
بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة حتى يبين لما بينا من المعنى انتهى
قال ولو اشترى بالف نسيئة وباع بربح مائة ولم يبين خير المشتري
لانه يزاد على الثمن لاجل الاجل وكان له شبها بالمبيع والشبهة في هذا الباب
ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة على ثمنهما
فيثبت له الخيار عند علمه بمثل هذه الخيانة او نقول ان الثمن المؤجل
انقص في المالية من الحال ولهذا حرم الشرع النسأ في الاموال الربوية
فيكون ما اخذ من المشتري ازيد في الحكم فيثبت له الخيار عند علمه بذلك
وكذا في التولية اذا علم ان الثمن كان مؤجلا يثبت له الخيار لان الخيانة
في التولية مثلها في المرابحة لانهما مبنيان على الثمن الاول قال
فان تلف فعلم لزم بالف ومائة اي ان تلف المشتري المبيع في هذه الصورة
ثم علم ان الثمن كان مؤجلا لزمه بالف ومائة لان الاجل ليس بمال متقوم
فلا يقابله شيء من الثمن وانما فيه شبهة فيزاد الثمن لاجله فيثبت له الخيار
فيما اذا كان المبيع قائما نظرا لهذا الجانب لان اقدامه على المرابحة يقتضي
السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا هلك او استهلكه المشتري لم يثبت له
الخيار نظرا لجانب عدم المالية في الاجل حقيقة او نقول تعذر الرد بالهلاك
فيبطل خياره كسائر الخيارات من خيار الشرط والرؤية قال وكذا التولية
اي التولية مثل المرابحة فيما ذكرنا من الخيار ما دام المبيع قائما وبعد الهلاك
او الاستهلاك لا خيار له بل يلزمه جميع الثمن لما ذكرنا وعن ابي يوسف انه يرد
قيمة الهالك ويسترد كل الثمن كما قال فيما اذا استوفى عشرة زيوفا مكان

عشرة

عشرة جياد وعلم بعد الانفاق يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد وقال الفقيه
ابو جعفر المختار للفتوى ان يقوم المبيع بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع عليه
بفضل ما بينهما للتعارف وهذا اذا كان الاجل مشروطا في العقد وان لم
يكن مشروطا فيه ولكنه معتاد متعارف بينهم انه يؤخذ منهم في كل جمعة
قدر معلوم قيل لا بد من بيانه لان المعتاد كالمشروط والجمهور على انه يبيعه
مرابحة بلا بيان لان الثمن حال وان سامحه البائع واستوفى منه الثمن منجما
وقد قالوا في المغبون غبنا فاحشا له ان يرد على بايعه بحكم الغبن وقال
ابو علي النسفي فيه روايتان عن اصحابنا ويفتى برواية الرد رفقا بالناس
وكان صدر الاسلام ابو اليسر يفتي بان البائع ان قال للمشتري قيمة متاعي
كذا او قال متاعي يساوي كذا فاشترى بناء على ذلك فظهر بخلافه له الرد
بحكم انه غره وان لم يقل ذلك فليس له الرد وقال بعضهم لا يرد به كيف ما
كان والصحيح ان يفتى بالرد ان غره والا فلا قال ومن ولى رجلا شيئا
بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فسد لجهالة الثمن جهالة تفضي
الى المنازعة قال ولو علم في المجلس خير لان جهالة الثمن فساد في صلب العقد
الا انه في مجلس العقد غير متقرر لان ساعات المجلس كساعة واحدة دفعا
للعسر وتحقيقا لليسر فصار التاخير الى آخر المجلس عفوا كتاخير القبول
الى آخر المجلس يرتبط بالايجاب وان تخللت بينهما ساعات فكذا العلم الحاصل
في آخر المجلس كالعلم الحاصل في اوله فيتضح على تقدير الابتداء واما بعد الافتراق
فلا اصلاح لا ابتداء لتقرر الفساد بالافتراق وهذا فساد لا يحتمل الاصلاح
ونظيره بيع الشيء برقمه فان البيع فيه فاسد فان اعلمه البائع في المجلس
صح والا فلا وانما يخير لخلل في رضاه لان الرضا بالشيء لا يتم قبل العلم به
قال صح بيع العقار قبل قبضه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد رحمه الله لقوله عليه السلام اذا اشتريت شيئا فلا تبعه حتى
تقبضه رواه احمد ولانه لا يقدر على تسليمه قبل قبضه فلا يجوز بيعه كالمنقول
ولهذا لا تجوز اجارته قبل القبض ولهما انه لا يتوهم انفساخ العقد فيه
بالهلاك وهو مقصود التسليم فصار كالمهر وبدل الخلع والعتق وبدل الصلح
عن دم العمد وهذا لان هلاك العقار نادر ولا يمكن تغييبه لتصيره هالكا
حكما حتى لو تصور هلاكه قبل القبض قالوا لا يجوز بيعه وذلك بان كان
على شط النهر ونحوه وما رواه معلول بعذر انفساخ العقد بالهلاك قبل
القبض وذلك لا يتصور فيه الا نادرا والنادر لا حكم له فصار كاحتمال عود
الانفساخ بالاستحقاق بعد القبض فيه وفي المنقول والدليل على انه

معلوم به اذ التصرف في الثمن قبل القبض جائز لانه لا غرر فيه وكذلك
التصرف في المهر ونحوه جائز قبل القبض لما ذكرنا والفقه فيه ان المطلق
للتصرف وهو الملك قد وجد لكن الاحتراز عن الغرر واجب ما امكن وذلك
فيما يتصور فيه الغرر والاجارة قبل القبض قيل على هذا الخلاف قلنا
انه يمنع وقيل انه لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح والفرق لهما ان المعقود
عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر لانها بمنزلة المنقول قال
لا بيع المنقول اي لا يجوز بيع المنقول قبل القبض لما روينا ولقوله عليه
السلام اذا ابتعت طعاما فلا تبعه حتى تستوفيه رواه مسلم واحمد ولان
فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك قبل القبض لانه اذا هلك
المبيع قبل القبض ينفسخ العقد فيتبين انه باع ما لا يملك والغرر حرام
لما روينا وفي المحيط لو باع غير المنقول قبل القبض ان كان المشتري
الاول نقد الثمن فالبيع الثاني نافذ لانه قادر على التسليم ان ليس للبائع
منع المبيع عنه وان لم ينقد الثمن فالبيع الثاني موقوف وهو الصحيح كبيع
المرهون ولو كاتب العبد المبيع قبل القبض توقفت كتابته وكان للبائع
حبسه بالثمن لان الكتابة محتملة للفسخ فلم ينفذ في حق البائع نظرا له
وان نقد الثمن نفذت الكتابة لزوال المانع ولو وهب المبيع قبل القبض
او تصدق به او اقرضه او رهنه من غير البائع لم يجز عند ابي يوسف لانه
عقد تمليك بمنزلة البيع والاجارة ويجوز عند محمد وهو الاصح لان هذه
التصرفات لا تجوز الا بعد القبض وغير البائع يصلح نائبا عن المشتري
في القبض فيصير قابضا له اولا بحكم النيابة ثم يصير قابضا
لنفسه بالتمليك بخلاف البيع لانه يفيد الملك قبل القبض وتمليك
المبيع قبل قبضه فاسد وما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز اجارته
لانها بيع المنفعة فلا يجوز كبيع العين لتمكن غرر الانفساخ فيها بهلاك
العين المستاجرة ولا يجوز بيع الاجرة العين قبل القبض لانه بمنزلة
المبيع الا ترى ان العين لو هلكت انتقضت الاجارة ويجوز تزويج الامة
المبيعة قبل القبض لان تمكن الغرر فيه لا يمنع جوازه الا ترى انه لو زوج
امته الآبقة جاز وان لم يمكن الغرر فيه فانها لا تدري احية هي ام ميتة
ولو وهب المبيع من البائع قبل قبضه فقبله البائع انتقض البيع ولو
باعه منه لم يصح هذا البيع ولم ينتقض البيع الاول والفرق ان الهبة
مجاز عن الاقالة يقال هب لي ديني واقلني عثرتي بخلاف البيع قال
ولو اشترى مكيلا كيلا حرم بيعه واكله حتى يكيله ومثله الموزون

والمعدود اي لو اشترى المكيل بشرط الكيل او الموزون بشرط الوزن او المعدود
بشرط العد لم يجز له ان يتصرف فيه قبل الكيل والوزن والعد وان كان
بعد القبض لقول جابر انه عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه
الصاعان صاع البائع وصاع المشتري رواه ابن ماجه والدارقطني وعن
عثمان انه قال كنت ابتاع التمر من بطن من اليهود يقال لهم بنو قينقاع وابيعه
بربح فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا عثمان اذا ابتعت
فاكتل واذا بعت فكل رواه احمد ولان الكيل والوزن والعد من تمام القبض
فاصل القبض شرط لجواز التصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف
ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له اذ اوجب اكثر من كيل البائع بان كان
كيل له قبل البيع وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة ولم يسم لكل ذرع ثمنا
لان الزيادة له اذ الذرع وصف فيه بخلاف ما اذا بين لكل ذراع ثمنا
لانه بذلك التحق بالقدر في حق ازدياد الثمن على ما بينا فصار المبيع في
هذه الحالة هو الثوب المقدر وذلك يظهر بالذرع وهذا لان القدر معقود
عليه في المقدرات حتى يجب عليه رد الزيادة فيما لا يضره التبعيض ويلزمه
الزيادة من الثمن فيما وينتقص من ثمنه عند انتقاصه هذا اذا كان الموزون
غير الدراهم والدنانير واما الدراهم والدنانير فيجوز التصرف فيهما بعد القبض
قبل الوزن لان الوزن فيهما اخذ معنى تعيين المستحق بالعقد وفي غيرهما
لم يأخذ كذا في الايضاح وفي المحيط لو كان المكيل والموزون ثمنا يجوز
التصرف فيه قبل الكيل والوزن لان الكيل والوزن من تمام القبض ويجوز
التصرف في الثمن قبل القبض فلا يجوز قبل تمامه اولى فصار كالمهر المكيل فاذا
كان كيل البيع شرطا لجواز التصرف لا يعتبر كيل البائع قبل البيع وان كان
بحضرة المشتري لانه ليس بكيل البائع والمشتري وهو الشرط ولا كيله بعد
البيع مع غيبة المشتري لان الكيل من تمام التسليم لان المبيع به يصير معلوما
ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بحضرة المشتري بعد البيع قيل لا يكتفى
به لظاهر الحديث فانه اشترط فيه صاعين والصحيح انه يكتفى به لان
المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم والحديث محمول على ما
اذا اجتمعت الصفقتان على ما نبينه في باب السلم ان شاء الله تعالى وجعل
في المختصر المعدود كالمكيل والموزون وهو مروي عن ابي حنيفة واختاره
الكرخي وعنه انه كالمذروع وهو قول ابي يوسف ومحمد لانه غير مقدر الا ترى انه
يجوز بيعه بجنسه متفاضلا كالمذروع ووجه الاول ان المعدود المتقارب يساوي
المكيل والموزون فيما يتعلق به الفساد وهو جهالة المبيع لاحتمال الزيادة

فان من اشترى جوزا على انه الف فوجده اكثر يرد الزائد وان وجده انقص
سقط عنه الثمن بحصته بخلاف الربوا لانه مبني على المماثلة بدليل يوجبها
وهذا الظاهر ولو اشترى المكيل او الموزون شراء فاسدا فقبضه ثم باعه
بغير كيل او وزن فالبيع الثاني جائز لان الملك في البيع الفاسد ثبت
بالقبض فصار كالمملوك قدرا لمقبوض لا قدرا لمذكور فيه فصار نظير من
استقرض طعاما بكيل ثم باعه مكايلة لا يحتاج الى اعادة الكيل كذا في
الايضاح وهذا الاستثناء يستقيم على قول من شرط الكيل مرتين في البيع
قال رحمه الله والمذروع اي لا يحرم التصرف في المبيع المذروع بعد القبض
قبل الذرع وان اشتراه بشرط الذرع لان الذرع وصف له وليس بقدر فيكون
كله للمشتري بلا زيادة ثمن ولا نقصان ان وجده زائدا او ناقصا هذا اذا لم
يسم لكل ذراع ثمنا وان سمى فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع وقد بيناه من
قبل قال وصح التصرف في الثمن قبل قبضه لان المطلق للتصرف الملك
وقد ثبت له فيه الملك والنهي ورد في المبيع لاحتمال غرر الانفساخ ولا
يتصور ذلك في الثمن لانه في الذمة ولا يتعين بالتعيين ولان الثمن ما وجب
في الذمة والمقبوض يرد عليه حقيقة وانما المقبوض عين مثله عينا فيكون
مضمونا عليه فيلتقيان قصاصا وهذا التصرف فيه ولا يتصور بخلاف
ذلك ولا فرق في ذلك بين ان يكون المتصرف من جنسه او من خلاف جنسه
اذا الكل بتعاوضه وقد روي عن ابن عمر انه قال كنا نبيع الابل بالبقيع فناخذ
مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم فكان يجوزه رسول الله
صلى الله عليه وسلم بخلاف المسلم فيه حيث لا يجوز ان ياخذ خلاف جنسه لانه وان
كان دينا جعله الشرع كالمبيع المعين في حق التصرف وكذا بدل الصرف
لما عرف في موضعه والمراد بالتصرف في الثمن تمليكه ممن عليه الدين بعوض
او بغير عوض حتى لا يجوز ان يملكه من غير من عليه الدين قال والزيادة
فيه والحط منه والزيادة في المبيع وتعلق الاستحقاق بكله اي يجوز للمشتري
ان يزيد في الثمن ويجوز للبائع ان يحط الثمن وان يزيد في المبيع ويلتحق
باصل العقد وتعلق الاستحقاق بجميع ذلك حتى لا يكون للمشتري ان يطالب
بالمبيع حتى يدفع الزيادة وللبائع ان يحبسه حتى يستوفي الزيادة ويملك
المشتري المطالبة بتسليم المبيع وكله بتسليم ما بقي من الحط وقال زفر والشافعي
لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الاصل لانه لا يمكن تصحيح
الزيادة ثمنا اذ به يصير ملكه عوض ملكه لانه ملك المبيع وكذا الحط
لان جميع الثمن صار مقابلا بجميع المبيع ولا يمكن اخراجه فصار برا مبتدا

الا ترى ان الزيادة في المهر لا تلتحق باصل العقد حتى لا تتنصف بالطلاق
قبل الدخول ولهذا حط الكل لا يلتحق باصل العقد بل هو بر مبتدأ فكذا هو
البعض اعتبارا للجزء بالكل ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران الصفقة
من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه خاسرا او رابحا او عدلا ولهما
ولاية ذلك الا ترى ان لهما ان يجعلاه لازما باسقاط الخيار او غير لازم
باشتراطه بعد العقد بل لهما ان يرفعا العقد على خلافه وهذا لان لهما ولاية
الرفع بالكلية بالتقايل فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير لانه دونه
لكونه وصفا له فاذا صح التحق باصل العقد ولزم كلزومه لان وصف الشيء
يقوم به لا بنفسه ودل عليه قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من
بعد الفريضة اي في فريضة بعد الفريضة وهذا نص على ان حكم الزيادة
المفروضة في العقد الا ما قام الدليل عليه وقد قام الدليل على انه
لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول الا ما كان مسمى عند العقد ولهذا لو لم
يسم في العقد شيئا ثم اتفقا على تسمية لا تتنصف به وان كان واجبا وعلى انه
اعتبار الالتحاق لا يكون الزيادة عوضا عن ملكه ولا المحطوط ثمنا غير
خارج عن العقد بخلاف حط الكل لانه تبديل لا اصله لانه يقلبه هبة
او بيعا بلا ثمن فيفسد وقد كان من قصدهما التجارة بعقد مشروع من كل وجه
فالالتحاق فيه يؤدي الى تبديله فلا يلتحق ثم فائدة الالتحاق تظهر في
التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وتظهر
في الشفعة ايضا حتى ياخذ بما بقي بعد الحط وانما لا يلزمه الزيادة لان فيه
ابطال حقه الثابت بالبيع الاول ونحن لا نملكه الا ترى انه ينقض جميع
تصرفات المشتري حق الفسخ وتظهر ايضا فيما اذا استحق المبيع حتى يرجع
المشتري على البائع بالزيادة ولو اجاز المستحق البيع كان له ان يطالب
بالزيادة وتظهر ايضا في حق الفساد في الصرف حتى لو باع الدراهم بالدراهم
متساوية ثم زاد احدهما او حط وردا المحطوط وقبل الاخر وقبض المزيد في
الزيادة او المردود في الحط فسد العقد كانهما عقدا كذلك من الابتداء
وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا تجوز الزيادة ولا تصير هبة
مبتداة وكذلك الحط لا يصح ولا يصير هبة مبتداة حتى يجب عليه ان يرد
المحطوط وقال محمد في الزيادة مثل قول ابي يوسف وفي الحط يكون هبة
مبتداة وتظهر ايضا فيما اذا زاد على المبيع حتى يصير له حصة من الثمن
بالحال حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض يسقط حصتها من الثمن بخلاف
الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا يسقط شيء من الثمن بهلاكها قبل القبض

والفرق ان الزيادة المشروطة صارت تبعا للاصل في حق الثبوت ضرورة
الصحة فاذا صحت زالت الضرورة فزالت التبعية ولغت الاصالة في
حق الالحاق باصل العقد لانها كانت موجودة وقت العقد فامكن تقدير ورود
العقد عليها فصار كان العقد ورد على الاصل وعلى الزيادة جميعا واما
الزيادة المتولدة فمعدومة وقت العقد فلا يمكن تقدير ورود العقد عليها
فلا يمكن الحاقها باصل العقد فصارت مملوكة بملك الاصل لا بالعقد فاذا
قبضها صارت اصلا بالقبض لان للقبض شبها بالعقد فيصير لها حصة
من الثمن حتى لو وجد باحدهما عيبا رده بحصته من الثمن يقسم الثمن على قيمة
الاصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض ونظيره ايضا فيما اذا
زوج امته ثم اعتقها ثم زاد الزوج على مهرها بعد العتق يكون الزيادة
للمولى ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع
لم يبق على حال يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه
اسقاط محض فلا يشترط لصحته قيام العقد وقال في المحيط في رواية
النوادر تجوز الزيادة بعد الهلاك بمنزلة الحط لان الزيادة حال
ثبوتها لم يقابلها عوض وانما يقابلها بعد التحاقها باصل العقد فيعتبر
قيام المبيع حالة الالتحاق لا حالة الثبوت وذكر محمد في المنتقى لو اشترى
جارية وقبضها فماتت فزاده البائع جارية اخرى جاز لان هذه الزيادة
تثبت مقابلة بالثمن والثمن قائم ولو زاد المشتري في الثمن لم يجز لان
الزيادة في جانبه تثبت مقابلة بالمبيع والمبيع هالك وهلاك المبيع
يمنع الزيادة في الثمن والهلاك الحكمي يلحق بالهلاك الحقيقي وذلك بان
باع المبيع بعد اشترائه ثم زاده في الثمن لا يجوز لانه بتبدل سبب الملك ارتفع
العقد الاول وصار المعقود عليه هالكا حكما ولو اعتق المبيع او كاتب
او دبر او استولد الامة او نحر البعير او اخرجه عن ملكه ثم زاد عليه
جاز عند ابي حنيفة خلافا لهما وعلى هذا الخلاف في الزيادة على مهر المراة
بعد موتها وانما يلتحق الحط باصل العقد اذا لم يكن المحطوط تبعا ووصفا
اما اذا كان تبعا فلا يلتحق باصل العقد حتى لو اشترى دارا بالف جياد
فنقد زيوفا او نبهرجة ورضي البائع بذلك فان الشفيع لا ياخذ الا
بالجياد وكذا اذا اشترى دارا بعبد فاعور ورضي به البائع فان الشفيع
ياخذ الدار بقيمة العبد صحيحا ولا تجوز الزيادة في المسلم فيه لانه معدوم
حقيقة وانما جعل موجودا في الذمة لحاجة المسلم اليه والزيادة في
المسلم فيه لا تدفع حاجته بل تزيد في حاجته فلا تجوز ولكن لا تجوز الزيادة

في المنكوحة لان الشرع ما ورد بتملك الزيادة المتولدة من المملوكة
بالنكاح تبعا للمنكوحة **قال** وتاجيل كل دين غير القرض يجوز
تاجيل كل دين اي غير دين القرض لان المطالبة حقه فله ان يؤخره الا
ترى انه يملك اسقاطها بالابراء فاولى ان يملك اسقاطها موقتا بالتاجيل
ولو اجله الى اجل مجهول ينظر فان كانت الجهالة فاحشة كهبوب الريح لا
يصح وان كانت يسيرة كالتاجيل الى الحصاد جاز كما في الكفالة وقد
ذكرناه من قبل وفي دين القرض لا يجوز التاجيل خلافا لمالك هو يقول
انه حقه فيجوز تاخير المطالبة فيه كما في سائر الديون ولنا ان القرض
اعارة وصلة ابتداء ولهذا يصح بلفظة الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع
كالصبي والولي والمكاتب والعبد الماذون له في التجارة ومعاوضة
انتهاء حتى يلزمه رد مثله فعلى اعتبار الانتهاء لا يجوز التاجيل لان الجنس
بانفراده يحرم النسا لا سيما اذا كملنا العلة وحرم التفاضل بها ولان
الاجل لو لزم فيه لصار التبرع ملزما على المتبرع وهو لا يجوز لقوله تعالى
ما على المحسنين من سبيل بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من فلان من ماله الف
درهم الى سنة حيث يجوز من الثلث ويلزم ولا يطالب حتى تمضي المدة لانه
وصية بالتبرع والوصية يتسامح فيها ما لا يتسامح في غيرها نظرا للموصي الا ترى
انها تجوز بالخدمة والسكنى وتلزم

باب الربوا



قال رحمه الله هو فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال هذا في
الشرع وفي اللغة هو مطلق الزيادة قال الله تعالى وما اوتيتم من ربا
الى قوله فلا يربو عند الله وسمي المكان المرتفع ربوة لزيادته على سائر
الاماكن ارتفاعا والربا محرم بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب
فقوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربا واما السنة فما روي عن ابن مسعود
رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم لعن آكل الربا وموكله وشاهديه
وكاتبه رواه ابو داود واحمد والترمذي وصححه وقال عليه السلام الذهب
بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح
بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد واستزاد فقد اربى الآخذ والمعطي
فيه سواء رواه احمد والبخاري وعن عبد الله بن حنظلة غسيل الملائكة
انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم درهم ربا ياكله وهو يعلم انه
ربا اشد من ستة وثلاثين زنية رواه احمد واجمعت الامة على تحريمه
حتى يكفر جاحده **قال** وعلته القدر والجنس يعني بالقدر الكيل
في المكيل والوزن في الموزون وعند الشافعي العلة الطعم بانفراده

في المطعومات والثمنية بانفرادها في الاثمان والجنس شرط عندنا لحديث
معمر بن عبد الله قال كنت اسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الطعام
بالطعام مثلا بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير رواه مسلم واحمد ووجه
الاستدلال به ان الطعام مشتق من الطعم فذكره يدل على انه علة اذ ترتب
الحكم على الاسم المشتق دليل على ان ماخذ الاشتقاق علة له كما في قوله
تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما وكما في قوله تعالى الزانية
والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة فعلة القطع والجلد السرقة
والزنا ولان قوله عليه السلام فيما رواه البخاري ومسلم لا تبيعوا الذهب
بالذهب الا مثلا بمثل الحديث يدل على تضييق تحصيله لان الاستثناء من النهي
مشعر بان حرمة البيع اصل فيه والجواز بعارض وهو التقابض والمساواة بخلاف
اذ لو اقتصر على قوله لا تبيعوا الا جاز والنهي لعزته وخطره فيعلل بعلة
تناسب العزة وهي الطعم في المطعومات لبقاء الانفس والثمنية في الاثمان
لبقاء الاموال التي هي مناط مصالحها بها ولا اثر للجنسية والقدر في زيادة
العزة والخطر لوجودهما في خطير وحقير لكن الحكم لا يثبت الا عند اتحاد الجنس
فجعلناه شرطا والحكم يدور مع الشرط كالرجم مع الاحصان والفرق بين الشرط
والعلة ان العلة موثرة في حكم دون الشرط فانه يضاف وجوده الى العلة
عند وجود الشرط لا الى الشرط وقال مالك العلة الاقتيات والادخار لانه
عليه السلام خص بالذكر فيما روينا كل مقتات ومدخر وهما بالعزة والخطورة
اكمل فكان انسب واولى بالاعتبار ولنا ما روي عن عبادة بن الصامت وانس ان
النبي صلى الله عليه وسلم قال ما وزن مثل بمثل اذا كان نوعا واحدا وما كيل
فمثل ذلك فاذا اختلف النوعان فلا باس به رواه الدارقطني ووجه التمسك
به انه عليه السلام رتب الحكم على الجنس والقدر وهذا نص على انهما علة
الحكم لما عرف ان ترتيب الحكم على الاسم المشتق ينبئ عن علية ما اخذ منه الاشتقاق
لذلك الحكم فيكون تقدير المكيل والموزون مثلا بمثل بسبب الكيل او الوزن
مع الجنس والذي يدل عليه حديث ابي سعيد الخدري وابي هريرة فيما
رواه البخاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاءهم
بتمر جنيب فقال اكل تمر خيبر هكذا فقال انا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين
والصاعين بالثلاثة فقال لا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم
جنيبا وقال في الميزان مثل ذلك اي في الموزون اذ نفس الميزان ليست من
اموال الربا وهو اقوى حجة في علية القدر وهو بعمومه يتناول الموزون
كله والتمر والمطعوم وغيرهما فيكون حجة عليهما في منعهما ذلك وكذا في

حديث

في حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا الدرهم
بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين المراد به ما يحل الصاع اذ لا يجري الربا
في نفس الصاع وهو عام فيما يحله فيتناول المطعوم وغيره فيكون حجة
عليهما ولا يقال انه مجاز فلا عموم له لكونه ضروريا لانا نقول له عموم
كالحقيقة وهذا لان الحقيقة انما تعم وذلك اما بالالف واللام او لفظ
الجمع او الجنس فايدة لامر زائد عليهما لا لكونها حقيقة والمجاز يشاركها
في هذا المعنى فيعم ولان المقصود التماثل اذا بيع شيء على التقابل
وذلك بالتماثل واعتبره الشارع فاوجبه صيانة لاموال الناس عن التوى وتتميما
للفائدة بالتسليم من الجانبين فيكون الزائد عليه قدرا ما ربا على صاحبه
بلا عوض وكذا الحال خير من المؤجل فتفوت به التسوية وفائدة المبايعة
لفوات القدرة على التصرف في المؤجل وهو المراد بقوله عليه السلام
مثلا بمثل يدا بيد فواته يلزم الحرمة وهو المراد بقوله عليه السلام والفضل
ربا فيعلل بعلة تؤثر في ايجاب التماثل فتعين القدر والجنس لذلك
لانهما يوجبانه اذ التماثل بين شيئين يكون باعتبار الصورة والمعنى لان
كل محدث موجود باعتبارهما بالمعيار تسوي الذات والجنسية تسوي المعنى
لاستوائهما في المقصد الا ترى ان كيلا من بر خراساني وكيلا من بر ذا وشعر في الصورة
ولا معتبر له لعدم ما قلنا ولا معتبر بالتفاوت في الوصف لانه لا يعد
تفاوتا في العادة ولانه قلما يوجد فيه غير متفاوت فاشتراط التساوي
فيه يودي الى سد باب البياعات وهو مفتوح والطعم والاقتيات والثمنية
والادخار من اعظم وجوه المنافع والحاجة اليها من اشد الحاجات واعمها
فسنة الله تعالى في مثله التوسعة والاطلاق دون التضييق الا ترى
ان الميتة اباحها عند المخمصة للحاجة وكذا اجاز الانتفاع بالغنيمة
قبل القسمة في دار الحرب لمظنة الحاجة عادة بخلاف سائر الاموال
المشتركة ولما كانت حاجة الحيوان الى الهواء والماء والتراب والنفس
اشد جعله الله اوسع من غيرها وكلما اشتدت الحاجة اليه كانت التوسعة
فيه اكثر فتعليله بما يوجب التوسعة على التضييق فساد الوضع لان
معنى فساد الوضع ان يعتبر وصفه في ذلك الحكم على ذلك الدليل لكونه يقتضي
خلاف ذلك الحكم ونقيضه ولا نسلم ان حرمة البيع اصل بل الاصل هو الحل
والحرمة اذا اثبتناها تثبت بالدليل الموجب لها ولهذا لان الاموال خلقت
للابتذال فيكون بان تحصيلها مفتوحا فيجوز ما لم يقم الدليل على منعه بخلاف
النكاح لان الملك فيه يرد على الحر وهو محرم فيناسب التضييق اعزازا له

بشرف الآدمي فعلم بذلك ان قوله النسا والمخلص باطل ولئن كان مخلصا فهو مخلص في حالة التساوي وعلة الحرمة في حالة التفاضل والشيء الواحد يتضمن حكمين متضادين عن محلين مختلفين كالنكاح يثبت الحل في المنكوحة والحرمة في امها فكذا القدر والجنس يوجبان الحرمة عند التفاضل والحل عند التساوي وهو المراد بقولنا هما علة الربا والقاطع للشغب انه عليه السلام شرط التماثل بقوله مثلا بمثل والتماثل يكون بالوزن والكيل لا غير فعلم بذلك ان ما لا يكال ولا يوزن وما لا يكون من ذوات الامثال لا يكون من الاموال الربوية ولان الاموال الربوية هي التي تكون من ذوات الامثال ليست من الاموال الربوية اذ الحكم لا يثبت بدون محله ولهذا قالوا لا يجري الربا فيما لا يدخل تحت المعيار كالحبة من الحنطة والشعير وكالذرة من الذهب والفضة لعدم ما قلنا **قال** فحرم الفضل والنسا بهما اي بالجنس والقدر لما بينا انهما علة الربا قال والنسا فقط باحدهما اي حرم النسا وحل التفاضل بوجود احدهما اما القدر دون الجنس كالحنطة بالشعير او الجنس دون القدر كالهروي بالمروي لقوله عليه السلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثل بمثل سواء بسواء فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد رواه احمد ومسلم وغيرهما من ائمة الحديث ولان باجتماعهما حقيقة العلة فيكون لاحدهما شبهة العلة فيحرم بحقيقة العلة حقيقة الفضل وهو القدر لانه تفاضل حقيقة ويحرم بشبهة العلة شبهة الفضل وهو النسا لانه يشبه الفضل وليس بتفاضل حقيقة اعمالا للدليل بقدره ولا يقال لاحدهما جزء العلة وبه لا يثبت الحكم ولا شيء منه فكيف يثبت باحدهما حرمة النسا لانا نقول احدهما علة تامة لهذا الحكم وهو حرمة النسا وان كان بعض العلة في حق ربا الفضل حقيقة فلا يلزم المحظور ويشترط ان يجمعهما الوزن من كل وجه وان لم يجمعهما جاز النسا ايضا كالنقدين مع الزعفران ونحوه لانهما صفة ووزنهما مختلف اذ النقدان يوزنان بالصنجة ولا يتعينان بالتعيين ويجوز التصرف فيهما قبل القبض وبعده قبل الوزن بخلاف غيرهما من الموزونات فكانا مختلفين صورة ومعنى وحكما فلا يحرم النسا والذي يدل عليه انه عليه السلام قال من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الحديث جاز السلم بالوزن مطلقا مع ان الدراهم هو الغالب في راس المال ولو لم يجز لكان رد [illegible] لراي وهو لا يجوز قال وحل بعدمهما اي حل التفاضل والنسا بعدم الجنس والقدر لعدم العلة الموجبة للحرمة اذ الاصل الجواز على ما بينا والحرمة بعارض فيجوز ما لم يثبت فيه دليل الحرمة الا ترى ان الله

تعالى

تعالى اباح البيع بقوله تعالى واحل الله البيع فيجري على الاطلاق فيما لم يوجد فيه دليل الحرمة على ما بيناه من قبل **قال** وصح بيع المكيل والموزون كالبر والشعير والتمر والملح والموزون كالنقدين وما ينسب الى الرطل بجنسه متساويا لا متفاضلا اما بيع المكيل والموزون غير المنسوب الى الرطل فقد ذكرناه وبينا احكامه واما ما ينسب الى الرطل فالمراد به كل شيء وقع عليه كيل الرطل فانه يعتبر موزونا لانه مقدر بطريق الوزن وذلك مثل الادهان فانه موزون فانه لما لم يستعمل الا وعاء لشيء عليهم وضعوا وزنه بالامنا والصنجات في كل وقت بالوعاء فقدر بالارطال والامنا فاكتفي به دفعا للحرج فبقي موزونا على حاله ثم قال في الهداية واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة معناه انه اذا باع ما يباع بالاواقي بكيل غير الاواقي متساويا لا يجوز لانه باع الموزون بجنسه بكيل لا يقدر بالاواقي فيكون مجازفة فيبطل لجواز التفاضل بالوزن وهذا مشكل لان الشيئين اذا استويا في كيل وجب ان يستويا في كيل آخر ايضا ولانا لم نكن الكيل معلوما او مجهولا في ذلك اذ لا يختلف نقله فيهما وفي النهاية قال الاسبيجابي فائدة هذا انه لو باع ما ينسب الى الرطل بجنسه متفاضلا في الكيل متساويا في الوزن يجوز وهذا احسن وهو قياس الموزونات فانه لا يعتبر فيه الا الوزن غير انه يؤدي الى انه لا يجوز بالاواني ايضا اذ لا فرق بين كيل وكيل على ما بينا ولا يندفع هذا الاشكال الا اذا منع الجواز في الكل **قال** رحمه الله وجيده كرديئه يعني جيد مال الربا ورديئه سواء حتى لا يجوز بيع احدهما بالآخر متفاضلا لنهيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك فيما روينا عن ابي سعيد وابي هريرة حين قال له الرجل انا نأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال لا تفعل بع الجميع بالدراهم الحديث ولان تفاوت الوصف لا يعد تفاوتا عادة ولو اعتبر لانسد باب البياعات على ما بينا قال ويعتبر التعيين دون التقابض في غير الصرف وقال الشافعي رحمه الله يعتبر التقابض قبل الافتراق في بيع الطعام كالنقد بالنقد لما روينا من حديث عبادة بن الصامت فانه شرط فيه ان يكون يدا بيد ولحديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه عليه السلام قال الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء رواه البخاري ومسلم واحمد ومعناه ان هذه البياعات لا تجوز الا اذا قال كل واحد منهما لصاحبه هاء اي خذ والمراد به وبقوله يدا بيد في الحديث الاول القبض ولهذا يشترط القبض

في الذهب والفضة بالإجماع وإن كان مما يتعين بالإشارة كالمصنوع منهما ولأن
قوله عليه السلام يدا بيد لفظ واحد لا يجوز أن يراد به القبض في النقدين
والتعيين في غيرهما لأنه إما حقيقة فيهما أو حقيقة في أحدهما ومجاز في الآخر
وأيهما كان فلا يجوز الجمع بينهما لما عرف أن المشترك لا عموم له وأن الجمع بين الحقيقة
والمجاز لا يجوز ولأنه يؤدي إلى التعاقب بأن يقبض أحدهما دون الآخر فأشبه
التأجيل وهذا لأن للمقبوض مزية على غيره فيفوت به التساوي وهو الشرط
ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب ونحوه إذا بيع بجنسه
أو بخلاف جنسه لحصول مقصوده وهو التمكن من التصرف بخلاف الصرف لأنه
لا يتعين إلا بالقبض فيشترط فيه ليتعين والتعاقب الذي لا يعد تفاوتا
في المتعين بخلاف الحال والمؤجل والمراد بما روي التعيين غير أن ما يتعين
به مختلف فالنقدان يتعينان بالقبض وغيرهما بالتعيين فلا يلزم الجمع
بين معنى المشترك ولا بين الحقيقة والمجاز وإنما شرط القبض في المصنوع
من الذهب والفضة باعتبار أصل خلقته وهو الثمنية لأن الثمن لا يتعين
بالتعيين فيشترط قبضه ولا يسقط اشتراط القبض بالصنعة لنفاسته
عدم التعين باعتبار الأصل إذ الشبهة في الحرمات ملحقة بالحقيقة ٥
قال وصح بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والبيضة
بالبيضتين والجوزة بالجوزتين والتمرة بالتمرتين لأن هذه الأشياء
ليست بمكيل ولا موزون فلم يدخل تحت المعيار فانعدمت العلة بانعدام
أحد شطريها وهو القدر ولهذا يضمن بالقيمة عند الإتلاف عندنا وما
دون نصف صاع بمنزلة الحفنة لأنه لا تقدير فيه في الشرع بما دونه فلم يكن
مما دون الأمثال هذا إذا باع ما دون نصف الصاع بما دون نصف الصاع
وإن باع ما دون نصف صاع بنصف صاع أو أكثر لم يجز إلا مثلا بمثل لوجود
المعيار من أحد الجانبين فتحققت الشبهة وعلى هذا لو باع ما لا يدخل
تحت الوزن كالذرة من ذهب أو فضة بما يدخل تحته جاز لعدم التقدير
شرعا إذ لا يدخل تحت الوزن وقال الشافعي لا يجوز جميع ذلك لأن العلة
عنده الطعم أو الثمنية وقد وجدت قال والفلس بالفلسين بأعيانهما
إذا البدلان بأعيانهما بأن كان الفلس معينا والفلسان معينين وهذا عندهما
وقال محمد لا يجوز لأن الفلوس الرائجة أثمان والثمن لا يتعين بالتعيين
ولهذا إذا قابل الفلوس بخلاف جنسها لا تتعين كالدراهم والدنانير
حتى كان له أن يعطي غيرها ولا يفسد البيع بهلاكها ولهما أن ثمنيتها ثبتت
باصطلاح الكل فلا باصطلاحهما كالدراهم والدنانير فإذا لم تتعين

يودي إلى الربا أو يحتمله بأن أخذ بائع الفلس الفلسين أولا ثم يرد أحدهما
قضاء بدينه ويأخذ الآخر بغير عوض أو يأخذ بائع الفلسين الفلس أولا
ثم يضم إليه فلسا آخر فيرد بما قبله فيرجع إليه فلسه مع فلس آخر بغير عوض
يقابله وهو ربا فصار كما لو كانا بغير أعيانهما أو أحدهما بعينه والآخر
بغير عينه ولهما أن الفلوس ليست بأثمان خلقة وإنما كانت ثمنا بالاصطلاح
وقد اصطلحا بإبطال الثمنية فتبطل وإن كانت ثمنا عند غيرهما من الناس
لبقاء اصطلاحهم على ثمنيتها وهذا لأنه لا ولاية للغير عليهما فلا يلزمهما
اصطلاحهم بخلاف الدراهم والدنانير لأن ثمنيتهما بأصل الخلقة فلا تبطل
بالاصطلاح فإذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين فلا يؤدي إلى الربا
بخلاف ما إذا كانا بغير أعيانهما أو أحدهما بغير عينه لأنه يؤدي إلى الربا
على ما بينا فإن قيل إذا بطلت الثمنية وجب أن لا يجوز بيع بعضها ببعض
متفاضلا لأن النحاس موزون وإنما صار معدودا بالاصطلاح على الثمنية
فإذا بطلت الثمنية عاد إلى أصله موزونا فلا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا
قلنا لا يعود موزونا لأن اصطلاحهما على العد باق ولا يلزم من بطلان
الثمنية بطلان العد وكم من شيء معدود ولا يكون ثمنا ألا ترى أن الأواني
من النحاس ونحوه غير الذهب والفضة يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا إذا
كانت في اصطلاحهم معدودة وهذا لما عرف أن المعتبر في كونه موزونا أو
مكيلا في غير المنصوص عليه العرف بخلاف المنصوص عليه كالأشياء الستة
لأن العلة المستنبطة لا تعتبر في محل النص للاستغناء عنها بالنص ولهذا
إذا كانت العلة المستنبطة قاصرة لا يعتبر أصلا بخلاف المنصوص عليها
فإذا لم يبطل اصطلاحهما على العد لم يعد وزنيا فجاز بيعه متفاضلا ولا
يقال إذا كسدت الفلوس باتفاق الكل لا يكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين
حتى لا يجري فيها أحكام الأثمان في حقهما فكذا لا يكون عروضا أيضا باصطلاحهما
لأنا نقول الأصل فيها أن تكون عروضا فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد
مخالف للأصل وللرأي الجماعة فلا يصح بخلاف اصطلاحهما على جعلها عروضا
لأنه موافق للأصل فيصح وإن كان فيه خلاف رأي الكل قال واللحم
بالحيوان وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز بيعه بالحيوان
من جنسه إلا أن يكون اللحم المفرز أكثر مما في الحيوان ليكون قدره منه مقابلا باللحم
والزائد بالسقط لنهيه عليه السلام عن بيع اللحم بالحيوان رواه في الموطأ
ولأنهما جنس واحد ولهذا لا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسيئة فكذا متفاضلا
كالزيت بالزيتون ولهما أنه بيع المعدود بالموزون فيجوز متفاضلا إلا أن

جنسا واحدا وهذا لان الحيوان ليست فيه مالية اللحم اذ هي متعلقة بفعل
شرعي وهو الذكوة الا ترى انه لا ينتفع به انتفاع اللحم فصار جنسا اخر
للحم ولهذا قال الله تعالى فكسونا العظام لحما ثم انشاناه خلقا اخر
اي بنفخ الروح فاذا كان جنسا اخر جاز بيع احدهما بالاخر متفاضلا بخلاف
الزيت مع الزيتون لانهما جنس واحد اذ الزيت موجود فيه للحال وانما هو
مستتر وانما لا يجوز بيع احدهما بالاخر نسيئة لان الشاة منهما لا يمكن ضبطه
على ما عرف في باب السلم لا لانهما جنس واحد الا ترى انه لا يجوز ذلك اذا بيع
بغيره من خلاف الجنس ايضا ولو كان المذبوح غير مسلوخ وحيا ان يجوز عنده
ايضا على وجه الاعتبار بان يجعل لحم كل واحد منهما بجلد الاخر كما قالوا في شاتين
مذبوحتين غير مسلوختين بيعت احداهما بالاخرى **قال** والكرباس
بالقطن وكذا بالغزل كيف ما كان لاختلافهما جنسا لان الثوب لا ينتقض فيعود
غزلا او قطنا وكذا القطن والغزل موزونان والثوب ليس بموزون
ولو باع القطن بغزله قال محمد رحمه الله جاز كيف ما كان لاختلاف الجنس
بينهما لان الغزل لا ينتقض فيعود قطنا وقال ابو يوسف لا يجوز الا متساويا لان
لان غزل القطن قطن لان القطن غزل دقاق وقول محمد اظهر ولو باع المحلوج
بغير المحلوج جاز اذا علم ان الخالص اكثر مما في الاخر وان كان لا يدري لا يجوز
ولو باع القطن غير المحلوج بحب القطن فلا بد ان يكون الحب الخالص اكثر من
الحب الذي في القطن حتى يكون قدره مقابلا به والزايد بالقطن وكذا لو باع
شاة على ظهرها صوف او في ضرعها لبن بصوف او بلبن يشترط ان يكون اللبن
او الصوف اكثر مما على الشاة لما ذكرنا من المعنى وهو نظير بيع الزيت بالزيتون
على ما يجي **قال** والرطب بالرطب او بالتمر متماثلا والعنب بالزبيب
يعني مثلا بمثل ايضا اما الرطب بالتمر فالمذكور هنا قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا
لا يجوز لقوله عليه السلام حين سئل عنه اينقص اذا جف فقيل نعم فقال عليه
السلام اذا فسد البيع واشار الى العلة وهي النقصان وفيه اشارة
الى انه يشترط لجواز العقد المماثلة في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف
لا في الحال فصار نظير بيع الدقيق بالحنطة فانه لا يجوز للتفاوت بعد الطحن
وله قوله عليه السلام في الحديث المشهور التمر بالتمر مثلا بمثل والرطب تمر
فيجوز بيعه بالتمر متماثلا والدليل على انه تمر ما روي انه عليه السلام حين اهدي
اليه رطب قال اكل تمر خيبر هكذا او روي انه عليه السلام نهى عن بيع التمر حتى تزهى
فقيل وما تزهى قال تحمر وهو اسم له من اول ما ينعقد الى ان يدرك ولانه
ان كان تمرا جاز بيعه باول الحديث وهو قوله عليه السلام التمر بالتمر مثلا بمثل

قال

وان كان غير تمر فاخره وهو قوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف
شئتم ولانهما متساويان في الحال وانما يتفاوتان في المال لذهاب جزء منه
وهو الرطوبة بخلاف بيع الحنطة بالدقيق لانهما متفاوتان في الحال
ونظيره لو باع الحنطة الطحن لا يزيد فيه شيا وما رويناه لم يصح لان مداره
على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة ولئن صح فهو محمول على ان السائل
كان وصيا في مال يتيم او وليا لصغير فلم ير عليه السلام هذا التصرف
نظرا له اذ هو مقيد بالنظر الا انه يمنع من بيع الجيد بالردي من مال الربا
لما ذكرنا وبيع العنب بالزبيب على هذا الاختلاف والوجه ما بينا من الجانبين
وقيل لا يجوز بالاتفاق كالحنطة المقلية بغير المقلية والفرق لابي ح
رحمه الله بينه وبين الرطب بالتمر في هذه الرواية ان النص الوارد بلفظ التمر
هناك تناول الرطب على ما بينا ولم يوجد مثله هنا فبقي محرما حتى يعدل
واما بيع الرطب بالرطب فلما روينا ان اسم التمر يتناولهما فيجوز بيعه مثلا بمثل
لذلك ولو باع البسر بالتمر لا يجوز التفاضل فيه لانه تمر على ما بينا بخلاف
الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر لانه ليس بتمر لان اسم التمر يطلق
عليه من اول ما ينعقد صورته لا قبله وهو عددي متفاوت وهو اول
ما ينشق عنه النخل سمي به لانه يستر ما في جوفه ولتفاوته فاحشا لا يجوز
السلم فيه ولو باع حنطة رطبة او مبلولة بحنطة رطبة او مبلولة او يابسة
جاز البيع وكذا لو باع تمرا منقعا او زبيبا منقعا بتمر مثله او زبيب
مثله او باليابس منهما جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز شي من
ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو بعد الجفاف والفرق له
بين بيع الرطب بالرطب وبين بيع المبلول ونحوه بمثله حيث اجاز بيع الرطب
بالرطب ومنع غيره جميعه ان التفاوت فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم
الذي عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك الاسم فيكون
تفاوتا في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب يكون التفاوت بعد زوال
ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه وابو حنيفة يعتبر المساواة
في الحال وكذا ابو يوسف لاطلاق قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا
بمثل الحديث وهو باطلاقه حجة فيهما وفي الحنطة والتمر والشعير على ابي
حنيفة الا ان ابا يوسف ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر حتى منعه
بما رويناه من حديث زيد بن عياش على ما بيناه من قبل **قال** واللحوم
المختلفة بعضها ببعض متفاضلا وكذلك لبن البقر والغنم وخل الدقل بخل العنب
وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه جنس واحد لاتحاد الاسم والصورة

والمقصود ولنا ان اصولها اجناس مختلفة حتى لا يضم بعضها الى البعض في الزكوة
واسماؤها مختلفة باعتبار الاضافة فكذا تفترق كالشعير والبر والمقصود
ايضا يختلف فبعض الناس يرغب في بعضها دون بعض وقد يضره البعض
وينفعه غيره والمعتبر في الاتحاد في المعنى الخاص دون العام ولو اعتبر
العام لما جاز بيع شيء بشيء اصلا بخلاف لحم الجاموس والبقر او لبنهما او لحم
المعز والضان او لبنهما او لحم العراب والبخاتي حيث لا يجوز بيع احدهما بالآخر
متفاضلا لانهما جنس واحد حتى يضم احدهما الى الآخر في تكميل النصاب في
باب الزكوة فكذا اجزاؤهما ما لم يختلف المقصود كشعر المعز وصوف الضان
او ما يتبدل بالصنعة لانه بالتبدل يختلف المقاصد ولهذا جاز بيع الخبز
بالحنطة متفاضلا وكذا بيع الزيت المطبوخ بغير المطبوخ او الدهن المربى
بالبنفسج بغير المربى منهما متفاضلا وانما جاز بيع لحم الطير بعضه ببعض
متفاضلا وان كان من جنس واحد ولم يتبدل بالصنعة لكونه غير موزون
عادة فلم يكن مقدرا فلم توجد العلة فحاصله ان الاختلاف باختلاف الاصل
او المقصود او بتبدل الصنعة قال وبيع الشحم بالالية او باللحم
يعني يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا وان كانت كلها من الضان لانها اجناس
مختلفة لاختلاف الاسماء والصور والمقاصد قال والخبز بالبر
او بالدقيق متفاضلا وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز بيعه به اصلا
لان بينهما شبهة المجانسة في الحال ولا يعرف التساوي بينهما فصار كبيع
المقلية بغير المقلية او الدقيق بالحنطة والاول اصح لان الخبز بالصنعة
صار جنسا آخر حتى خرج من ان يكون مكيلا والبر والدقيق مكيل فلم يجمعهما
القدر ولا الجنس حتى جاز بيع احدهما بالآخر نسيئة اذا كانت الحنطة هي
المتأخرة لامكان ضبطها وان كان الخبز هو المتأخر او السلم فيه فلا يجوز عند
ابي حنيفة لانه يتفاوت بالخبز والعجن والنضج واما عندهما فقد ذكر في
النهاية شرحا الى المبسوط انه لا يحفظ عنهما خلاف ذلك ومن اصحابنا من
يقول لا يجوز عندهما ومنهم من يقول يجوز على قياس السلم بالخبز
وبه يفتى للتعامل وفي الكافي ان ابن رستم ذكر في نوادره ان على قول ابي
حنيفة ومحمد لا يصح السلم في الخبز وعلى قول ابي يوسف يصح وزنا ولا يجوز استقراضه
وزنا ولا عددا عند ابي حنيفة لما ذكرنا في السلم بل اولى لان باب السلم
اوسع حتى جاز السلم في الثياب دون القرض وهو القياس وقال محمد يجوز
بالوزن والعدد جميعا للتعامل فيه تركا للقياس كالاستصناع وقال
ابو يوسف يجوز بالوزن دون العدد لان آحاده تتفاوت بالعدد دون

الوزن

الوزن وعليه الفتوى قال لا بيع البر بالدقيق او بالسويق يعني لا يجوز
بيع الحنطة باحدهما متفاضلا ولا متساويا لانه جنسه من وجه وان
خص باسم آخر فيحرم لشبهة الربا لانه احدهما بر والآخر اجزاؤه او احدهما
دقيق والآخر اجزاؤه وهذا لانه بالطحن لم يوجد الا تفريق الاجزاء والمجتمع
بالتفريق لا يصير جنسا آخر فبقيت شبهة المجانسة وثبوت الشبهة يكفي
لثبوت حرمة الربا كما في دهن السمسم مع السمسم عند الاعتبار فيهما
الكيل وهو غير مستو لما ترى لان البر اذا طحن يزيد قليله ولذلك الزيادة
كانت موجودة في الحال وظهرت بالطحن بخلاف بيع السمسم بالسمسم حيث يجوز
لان المعيار فيهما الوزن وهو مستو لما فامكن التساوي بينهما ويجوز بيع
الدقيق بالدقيق متساويا ولا يجوز متفاضلا لاتحاد الاسم والصورة
والمعنى وبه يثبت المجانسة من كل وجه ولا يعتبر احتمال التفاضل كما في
البر بالبر قال ابو بكر ومحمد بن الفضل انما يجوز بيع الدقيق اذا كانا مكبوسين
واذا كانا غير مكبوسين او احدهما لا يجوز وان باع الدقيق بالدقيق موازنة
ففيه روايتان ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق متفاضلا ولا متساويا عند
ابي حنيفة وقالا يجوز كيف ما كان لانهما جنسان مختلفان لاختلاف الاسم
والمقصود الا ترى ان احدهما يصلح لما لا يصلح له الآخر وهو آية الاختلاف
غير انه لا يجوز ان يباع احدهما بالآخر نسيئة لان القدر يجمعهما ولابي حنيفة رحمه
الله انهما جنس واحد من وجه لانهما اجزاء الحنطة ولهذا لا يجوز ان يباعا
بالحنطة لاتحاد الجنس وعدم المستوي وكذا لا يجوز بيع اصل احدهما باصل
الآخر وهو المقلية بغير المقلية لما ذكرنا فكذا اجزاؤهما لا يجوز بيع احدهما
مع اصل الآخر او متفرقا على ما بينا وكالبر العلك مع المسوس حتى لا يجوز بيع احدهما
بالآخر الا متساويا ومجرد اختلاف الاسم لا يدل على اختلاف الجنس الا ترى
ان بعض الانسان يختص باسم كالشاب والشيخ والطفل ونحوه مع اتحاد
الجنس وبيع المقلية بالمقلية والسويق بالسويق متساويا جائز لاتحاد
الاسم قال والزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت
والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم اي لا يجوز البيع حتى يكون الدهن الخالص
اكثر مما في الآخر ليكون قدره بمثله والزائد بالثجير والجنس بينهما متحد باعتبار
ما في ضمنهما وان اختلفا صورة فثبت بذلك شبهة المجانسة والربا يثبت
بالشبهة فلو لم يكن الدهن الخالص اكثر من الذي في الآخر كان الثجير بلا عوض
مقابل فيحرم ولو لم يعلم ان الدهن الخالص اكثر لا يجوز خلافا لزفر وهو يقول
ان الاصل هو الجواز والفساد طارئ عنده وجود الفضل الخالي عن العوض فلا يفسد

ما لم يعلم ذلك قلنا التوهم في الربا كالتحقق لما تلونا ولما يروى عن جابر
أنه عليه السلام نهى عن الربا والريبة وهي شبهة الربا وقال ابن مسعود
رضي الله عنه كنا ندع تسعة أعشار الحلال مخافة الحرام وعلى ذلك كان السلف
رضي الله عنهم ولا يقال إن السمسم مكيل والدهن موزون فكيف يحرم
التفاضل بينهما لأنا نقول المقصود منه دهنه وهو موزون والحرمة باعتباره
فإن قيل على هذا ينبغي أن يجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا كيلا على وجه
لا اعتبار بأن ينصرف كل جنس إلى خلاف جنسه قلنا ذلك يتأتى في المنفصل
خلقة دون المتصل وكذا بيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه والتمر بنواه
وكل شيء لثفله قيمة إذا بيع بالخالص منه لا يجوز حتى يكون الخالص أكثر
وإن لم يكن لثفله قيمة كتراب الذهب إذا بيع بالذهب وتراب الفضة
إذا بيع بالفضة لا يشترط أن يكون الذهب والفضة أكثر مما في التراب
لأن التراب لا قيمة له فلا يقابله شيء حتى لو حصل فيه الربا بالفضل **قال**
رحمه الله ولا ربا بين المولى وعبده لأنه وما في يده ملكه فلا يتحقق الربا
هذا إذا لم يكن عليه دين يستغرق رقبته وما في يده وإن كان عليه دين لا
يجوز لأن ما في يده ليس بملك للمولى عند أبي حنيفة فصار كالمكاتب وعندهما
تعلق به حق الغير فلا يعرى عن الشبهة وفي المحيط في كتاب الصرف لا ربا بينهما
وإن كان عليه دين لأن له أن يأخذ كسب عبده المديون بعوض يعد له استخلاصا
بغير شيء فيجعل آخذا بهذا الطريق إلا أنه إذا أخذ منه درهمين بدرهم يرد الدرهم
الزائد على العبد لأنه أخذ بغير عوض لا للربا حتى لو أخذ منه درهما بدرهمين يلزم
على العبد الرد على المولى بخلاف المكاتب لأن حق المولى لم يتعلق في حق كسب
المكاتب والمتفاوضان لا ربا بينهما لأن الكل مالهما وكذا شريكا العنان
إذا تبايعا من مال الشركة فاشترى في دار الحرب فهو جائز وهذا عند أبي حنيفة
ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي لا يجوز لأن المسلم التزم بالأمان أن لا يتملك
مالهم إلا بالعقد وهذا العقد وقع فاسدا فلا يفيد الملك الحلال فصار
كما إذا وقع مع المستأمن منهم في دارنا ولهما قوله عليه السلام لا ربا بين
المسلم والحربي في دار الحرب ولأن مالهم مباح وبعقد الأمان لم يصر معصوما
إلا أنه التزم أن لا يغدرهم ولا يتعرض لما في أيديهم بدون رضاهم فإذا أخذ
برضاهم فقد أخذ مالا مباحا بلا غدر فيملكه بحكم الإباحة السابقة إذ لا تأثير
للأمان في تحصيل التراضي دون التملك فكان الملك في حق الحربي زائلا
بالتجارة كما رضي به وفي حق المسلم ثابتا بالاستيلاء على المال المباح بخلاف
المستأمن منهم في دارنا لأن ماله صار محظورا بعقد الأمان ولو أسلم الحربي في

دار

دار الحرب ولم يهاجر إلينا فكذلك الحكم عند أبي حنيفة لأن ماله غير معصوم
عنده على ما عرف في موضعه

باب الحقوق

قال رحمه الله العلو لا يدخل بشراء بيت بكل حق وبشراء منزل إلا بكل
حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل أو كثير هو فيه أو منه ودخل بشراء دار
كالكنيف أي لا يدخل العلو بشراء بيت وإن قال بكل حق هو له ما لم ينص
عليه وبشراء منزل لا يدخل إلا أن يقول بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل
قليل وكثير هو له أو منه وبشراء الدار يدخل العلو وإن لم يذكر شيئا من ذلك
كما يدخل الكنيف لأن البيت اسم لمسقف واحد يصلح للبيتوتة والعلو
مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله ولا يكون من حقوقه فلا يدخل بدون التنصيص
عليه والدار اسم لما أدير عليه الحدود من الحائط ويشتمل على بيوت ومنازل
وصحن وغير مسقف والعلو من أجزائه وتوابعه فيدخل فيه من غير ذكر والمنزل
بين الدار والبيت لأنه اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ يسكنه الرجل
بأهله مع ضرب قصور فيه فإنه ليس فيه إصطبل فكان له شبهة بهما فلشبهه
بالدار يدخل تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل من غير ذكر توفيرا
على الشبهين حظهما وذكر في الكافي أن هذا الجواب على هذا التفصيل بناء
على عرف أهل الكوفة وفي عرفنا يدخل العلو في الكل سواء باع باسم البيت
أو المنزل أو الدار لأن كل مسكن يسمى خانه سواء كان صغيرا أو كبيرا فكأنه يقول
يتناول العلو والسفل والأحكام في مثل هذا تنبني على العرف فيعتبر في كل
إقليم وفي كل عصر عرف أهله وإنما يدخل الكنيف لأن الدار اسم لما أدير
عليه الحائط والكنيف منه فيدخل بذكر الدار من غير إفراده بالذكر كالعلو
ولو كان خارج الدار مبنيا على الظلة يدخل لأنه يعد من الدار عادة ويدخل
بئر الماء والأشجار في صحنها والبستان فيها لما ذكرنا وإن كان البستان
خارج الدار إن كان أكبر منها أو مثلها لا يدخل إلا بالشرط لأنه خروج عن حدودها
وإن كان أصغر منها يدخل لأنه يعد من الدار عرفا فصار تبعا لها **قال**
رحمه الله لا الظلة إلا بكل حق أي لا يدخل الظلة في بيع الدار إلا إذا
قال بكل حق أو نحو ذلك مما ذكرنا وهذا عند أبي حنيفة وعندهما تدخل من غير
ذكر شيء مما ذكرنا إذا كان مفتحها في الدار لأنها من توابع الدار كالعلو والكنيف
ولأبي حنيفة أنها خارجة عن الحدود مبنية على هواء الطريق فصارت كالطريق
ولأنها تابعة للدار من حيث إن قرار أحد طرفيها عليها وليست بتابعة لها من حيث
إن قرار طرفها الآخر على شيء آخر فصارت تابعة من وجه دون وجه فيدخل إن ذكر
الحقوق ونحوه وإلا فلا عملا بالشبهين **قال** رحمه الله ولا يدخل الطريق

والمسيل والشرب الا بذكر كل حق بخلاف الاجارة اي لا يدخل هذه الاشيا
في شرى الارض او السكنى الا بذكر كل حق او نحوه بخلاف الاجارة حيث يدخل
فيها من غير شرط لان هذه الاشيا تابعة من وجه من حيث انها تقصد للانتفاع
بالمبيع دون عينها اصل من وجه من حيث يتصور وجودها بدون المبيع فكانت
تابعة للمبيع من وجه دون وجه فلا تدخل في البيع الا بذكر الحقوق والمرافق
وهذا لانه قد يشتري للبيع فلا يلزم الشرا للانتفاع به وقد يشترى ه
الطريق بعدما اشترى المبيع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع لا غير
ولهذا لا يجوز الاجارة فيما لا يمكن الانتفاع به ولو بطل الانتفاع بعد عقد
الاجارة تبطل الاجارة وكذا لو استثنا هذه الاشيا عن عقد الاجارة بطل
ان لا يمكن الانتفاع بالعين المستاجرة الا بهذه الاشيا فوجب دخولها فيها
تصحيحا لها الا ترى انه لو استاجر طريقا من صاحب العين لا يجوز فتعين
الدخول فيها ولا يدخل مسيل ما الميزاب اذا كان في ملك خاص ولا مسقط الثلج
فيه وقدور الحمام تدخل لانه مركب بالبنا ولو اشترى رحا يدخل الحجر الاسفل لانه
مركب بالبنا وكذا الاعلى استحسانا والالات الملصقة بالبيت لان الرحا اسم
لبيت فيه حجر دوار والحجر الاعلى هو الدوار والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

باب الاستحقاق

قال رحمه الله البينة حجة متعدية لا الاقرار لان البينة لا تصير حجة
الا بقضا القاضي وللقاضي ولاية عامة فينفذ قضاؤه في حق الكافة
والاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على القضا وللمقر ولاية على نفسه دون غيره
فيقتصر عليه قال رحمه الله والتناقض يمنع دعوى الملك لا الحرية
والنسب لبنائه على الخفا والطلاق لان القاضي لا يمكنه ان يحكم بالكلام
المتناقض اذ احدهما ليس باولى من الاخر فسقطا غير ان الحرية والطلاق
والنسب مبناه على الخفا فيعذر في التناقض لان النسب ينبني على العلوق
والطلاق والحرية ينفرد بهما الزوج والمولى فيخفى عليهم قال رحمه الله مبيعة
ولدت فاستحقت ببينة تبعها ولدها وان اقر بها لرجل لا والفرق ان البينة
حجة مطلقة مبينة كاسمها فيثبت بها الملك من الاصل ولهذا يرجع المشتري
على البايع عند استحقاق المبيع بالاقرار ولان المالك يقدر على اثبات الملك
للحال فيحمل اقراره به على ذلك بخلاف الشهود فانهم لا يقدرون على اثبات
الملك بشهادتهم للمستحق ان لم يكن مالكا له قبل ذلك فيكون اظهارا للملك
من الاصل فيستحقه مع زوايده ثم قيل يدخل الولد في القضا بالام لانه تبع
لها فيكتفى به وقيل يشترط القضا له بالولد وهو الاصح لان محمدا قال اذا

قضى

قضى القاضي بالاصل ولم يعرف الزوايد لم تدخل الزوايد تحت الحكم لانه
منفصل وقت القضا وذكر في النهاية ان الولد انما لا يتبعها في الاقرار
اذا لم يدعه المقر اما اذا ادعاه كان له لان الظاهر انه له قال رحمه
الله وان قال عبد لمشتر اشترني فاني عبد فاشتراه فاذا هو حر فان كان البايع
حاضرا او غايبا غيبة معروفة فلا شي على العبد والا رجع المشتري على العبد
والعبد على البايع بخلاف الرهن يعني اذا قال ارهني فاني عبد فارتهنه فاذا
هو حر حيث لا يرجع المرتهن على العبد بحال سوا كان الراهن حاضرا او غايبا وعن ابي
يوسف انه لا يرجع في الفصل الاول ايضا لان ضمان الثمن بالمعاوضة او بالكفالة
فلم يوجد واحد منهما فصار كمسئلة الرهن وكما اذا قال اشترني او قال انا عبد
ولم يزد على ذلك وهذا لان ما يوجب الضمان لا يختلف بين ان يكون حاضرا او
غايبا كالرهن وتحقيقه انه لم يوجد منه الا الاخبار كاذبا والامر بالشرا وذلك
لا يوجب الضمان كما اذا كان ذلك من الاجنبي ولهذا قلنا فيمن قال لغيره اسلك
هذا الطريق فانه امن او قال كل هذا الطعام فانه ليس بمسموم فكان بخلاف
ذلك لا يجب عليه ضمان ما عطب بسبب ذلك ولنا وهو الظاهر ان المقر بالعبودية
ضمن سلامة نفسه او سلامة الثمن للمشتري عند تعذر استيفايه من البايع لانه
انما اقدم على الشرا معتمدا على كلامه فصار بذلك بمنزلة المغرور من جهته والغرور
من جهته والغرور في المعاوضة يجعل سببا للضمان دفعا للضرر عنه بقدر
الامكان لان المعاوضات تقتضي سلامة العوض فاذا ظهر حرية الاصل واهلية
الضمان وتعذر الاستيفا من جهة البايع يواخذ بذلك كالمولى اذا قال لاهل السوق
هذا عبدي وقد اذنت له في التجارة فبايعوه فلحقه ديون ثم ظهر انه حر او مستحق
رجعوا عليه بقيمته بحكم الغرور دفعا للضرر عن الغرما لجعل المولى كانه ضمن لهم
سلامة المالية منه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة
بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة من غير عوض يقابله ويصير معاوضة
استيفا لعين حقه من غير ان يجعل مبادلة الا ترى ان الرهن يجوز في موضع لا يجوز
فيه المبادلة كبدل الصرف ورأس مال السلم والمسلم فيه فلا يمكن ان يجعل الامر
به ضمانا للسلامة اذ هو ضمن عقد المعاوضة وبخلاف المستشهد به من الامر بالاكل
والسلوك او كان الامر بذلك المقر الاجنبي لانه ليس بعقد معاوضة ولان الاجنبي
لا يعبا به ولا يلتفت اليه وبخلاف ما اذا قال اشترني او قال انا عبد ولم يزد
عليه لان الحر يشترى تخليصا كالاسير وقد لا يجوز شرا العبد كالمكاتب فلم
يوجد منه ما يدل على الضمان ثم اذا ضمن المقر بالعبودية يرجع بذلك على البايع
لانه قضا دين عليه وهو مضطر فيه فلا يكون متبرعا كمعير الرهن اذا قضى الدين

لتخلصها الزوج فان قيل لا يتصور هذه المسألة على قول ابي حنيفة فان الدعوى
شرط عنده لقبول الشهادة بالحرية لكون العتق حق العبد والتناقض فيه
يمنع صحة الدعوى فكيف يقبل بينته على الحرية بعد اقراره بالرق قلنا قد اجاب
عنه بعض مشايخنا بان الوضع في حرية الاصل والدعوى فيها ليس بشرط عنده
لتضمنها تحريم الفرج لان الشهود يجب عليهم تعيين امه في حرية الاصل
فتحرم على المولى وحرمة الفرج حق الله تعالى وفي حقوق الله تعالى الدعوى
ليست بشرط كما في عتق الامة فلا يكون التناقض مانعا حتى لو خلت حرية
الاصل عن تحريم الفرج كولد المزور تكون الدعوى فيه شرطا والتناقض مانع
من صحتها من حيث انه يعدم الدعوى وعامتهم على ان دعوى العبد شرط عنده
في الحرية الاصلية والطارية لانها حق العبد وهو الصحيح لكن التناقض
لا يمنع صحة الدعوى وقبول الشهادة فيما لخفاء الحال عليه فيعفى التناقض
فيه اما الحرية الاصلية فلان الصغير قد جلب من دار الحرب ولا يعلم بحرية
ابويه او بحرية احدهما باسلامهما او باسلام احدهما فيها ويعتقد انه رقيق
فيقر بالرق ثم يتبين له الحال بعد ذلك فيدعي الحرية فيعذر في التناقض
كالمختلعة تقيم البينة ان زوجها طلقها ثلاثا قبل الخلع وكالمكاتب
اذا اقام بينة ان مولاه اعتقه قبل الكتابة قال رحمه الله ومن
ادعى حقا في دار اي مجهولا فصولح على مائة فاستحق بعضها لم يرجع بشيء لان
دعواه يجوز ان تكون فيما بقي وان قل فما دام في يده شيء لا يرجع عليه بخلاف
ما اذا استحق كلها لانا تيقنا بانه اخذ عوض ما لا يملك فيرد ودلت المسألة
على ان الصلح عن معلوم على مجهول جائز لانه لا يفضي الى المنازعة والمنع
باعتباره فاذا خلا عنه جاز وقد ذكرناه في الابراء عن كل عيب وذكرنا الخلاف
فيه ودلت ايضا على ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى
الحق في الدار غير صحيحة لجهالة المدعى حتى لو اقاما البينة على هذه الصورة
لا تقبل بينته الا اذا ادعى اقرارا لمدعى عليه بذلك فحينئذ تقبل بينته
لان الاقرار بالمجهول صحيح بخلاف البينة وقال بعض المشايخ لا يصح الا في دعوى
الاقرار ودعوى المقدر من الدار لانه معاوضة او لا فتداء اليمين والمعاوضة
لا تجوز في المجهول وكذا اليمين لانها لا تتوجه الا بعد صحة الدعوى قلنا قد
يكون لدفع الشغب والخصومة وكذلك تحصل به وهذا اذا لم يقدر الحق
بشيء وان قدره بجزء معلوم كربع مثلا او بنصف لا يرجع عليه ما دام في يده ذلك
القدر وان بقي اقل منه رجع عليه بحساب ما استحق منه قال رحمه الله ولو
ادعى كلها رجع عليه بقسطه لان الصلح على مائة وقع على كل الدار فاذا استحق

منها

منها شيء تبين ان المدعي لا يملك ذلك القدر فيرد بحسابه من العوض قال
رحمه الله ومن باع ملك غيره فللمالك ان يفسخه ويجيزه ان بقي العاقدان او
المعقود عليه وله وبه لو عرضا اي للمالك ان يجيز العقد بشرط ان بقي المتعاقدان
والمعقود عليه والمعقود له وهو المالك بالجمهور والاصل فيه ان كل تصرف صدر
من الفضولي وله مجيز حال وقوعه انعقد موقوفا على الاجازة عندنا وان لم يكن
له مجيز حال العقد لا يتوقف ويقع باطلا والشرا لا يتوقف على الاجازة اذا وجد
نفاذا على العاقد وان لم يجد نفاذا يتوقف كشرا العبد والصغير المحجور عليهما
وعند الشافعي لا ينعقد تصرفات الفضولي اصلا ولا يجوز باجازة المالك
ولم يوجد واحد منها فيلغو لان التصرفات الشرعية تتوقف على الولاية كما هي
تتوقف على الاهلية والمحلية ولنا حديث عروة بن ابي الجعد البارقي ان النبي
صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا ليشتري له شاة فاشترى له به شاتين فباع
احدهما بدينار وجاء بدينار وشاة فدعا له بالبركة في بيعه فكان لو اشترى
التراب لربح فيه رواه البخاري واحمد وابو داود وحديث حبيب بن ابي ثابت
عن حكيم بن حزام ان النبي صلى الله عليه وسلم بعثه ليشتري له اضحية بدينار
فاشترى اضحية فاربح فيها دينارا فاشترى اخرى مكانها فجاء بالاضحية والدينار
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ضح بالشاة وتصدق بالدينار رواه
الترمذي وهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم اجاز بيعه ولو كان باطلا لرده
وانكر عليه ولان ذلك التصرف صدر من اهله مضافا الى محله فلا ضرر في انعقاده
موقوفا فينعقد وهذا لان الاهلية بالعقل والتمييز والمحلية لكون المال
متقوما وقد وجدا وليس فيه ضرر على المالك لانه مخير فاذا راى المصلحة فيه
نفذه والا فسخه بل له فيه منفعة حيث سقط عنه مؤونة طلب المشتري
وقرار الثمن وسقوط رجوع حقوق العقد اليه وفيه نفع للمتعاقدين لصون
كلاميهما عن الالغا فثبتنا القدرة الشرعية احرازا لهذه المنافع على ان الاذن
ثابت دلالة لان كل عاقل يرضى بتصرف يحصل له به النفع اذ لا يوجد مثل
هذا التصرف النافع في حال غيبته عادة الا من صديق متفضل نصوح يراعيه
مثل ما يرا لنفسه فان قيل المقصود بوضع الاسباب الشرعية احكامها لا مجرد
السبب فاذا لم يفد الحكم لا يعتبر حكمها وهو التمليك لا يتصور من غير المالك
فيلغو قلنا لا نسلم انه لا يفيد الملك بل يفيد ملكا موقوفا لانه الاليق بالسبب
الموقوف كما يفيد السبب البات الملك البات لانه هو الاليق به ولهذا لو
اعتق المشتري ثم اجاز المالك البيع نفذ عتقه ولان السبب انما يلغو اذا
خلا حكمه عنه شرعا واما اذا تاخر فلا لان العلة قد يتاخر حكمها لعارض كالبيع

الذي فيه الخيار للمتعاقدين او لاحدهما او كالراهنين اذا تبايعا رهنا بدون غيبة
اذن المرتهنين انعقد وتوقف الحكم لحق المرتهنين وكذا الطلاق المضاف الى
شهر سبب للحال ويتاخر حكمه وكذا شهر رمضان سبب لوجوب الصوم ويتاخر
الوجوب في حق المسافر والمريض ولا يلزم على هذا اعتاق الصبي وطلاقه
وهبته وبيعه بالغبن الفاحش حيث لا يجوز لو اجازها الولي او هو بنفسه
بعد بلوغه لان هذه العقود لا مجيز لها حال وقوعها لتمحضها ضررا على الصبي
اذ الولي لا يملك انشاءها فبطلت فبعد ذلك لا تعود صحيحة حتى لو باشر الصبي
عقدا يملكه عليه الولي كالنكاح والاجارة والبيع من غير غبن توقف حتى
لو اجازه الولي او هو بعد بلوغه جاز فان قيل نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن بيع ما ليس عند الانسان اي ما لا يملكه كما نهى عن بيع المبيع قبل القبض وعن
بيع الابق ثم اذا باع المبيع قبل القبض والابق لا يجوز للنهي الوارد فيه وكذا
هذا بل اولى لان الابق والمبيع ملكه ومع هذا لا يجوز بيعه فعند عدم الملك
اولى قلنا كلامنا في انعقاد العقد وبيع المبيع قبل القبض ينعقد عندنا وان
كان فاسدا وكذا الابق في رواية حتى لو سلمه بعد ذلك يصح ولا نسلم ان المراد
بما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ان يبيع شيئا لا يملكه
ثم يشتريه ويسلمه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام قال يا رسول الله ان
الرجل ليأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق
فاشتريها فاسلمها له فقال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك رواه ابو داود
واحمد وانما شرط لصحة الاجازة بقاء المتعاقدين والمعقود له والمعقود
عليه لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك لقيام هذه الاشياء
ولا يشترط بقاء الثمن الا اذا كان عرضا لان العرض يتعين بالتعيين فصار
كالمبيع فيشترط بقاؤه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة
في يد الفضولي بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك في يده سواء هلك بعد
الاجازة او قبله لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وللفضولي
ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح
لانه معبر محض فلا ترجع الحقوق اليه ولا يشترط في النكاح بقاء العاقد الفضولي
عند الاجازة حتى لو اجازه بعد ما هلك العاقد جاز وهذا الذي ذكرنا
من ان الثمن يكون للمالك فيما اذا كان دينا وان كان عرضا معينا كان الثمن
العرض للفضولي ملكا له واجازة المالك اجازة نقد لا اجازة عقد لانه
لما كان العرض متعينا كان شراء من وجه والشراء لا يتوقف بل ينفذ على المباشر
ان وجد نفاذا فيكون ملكا له وباجازة المالك لا ينتقل اليه بل تاثير

اجازته في النقد لا في العقد ثم يجب على الفضولي مثل المبيع ان كان مثليا
والا فقيمته لانه لما صار البدل له صار مشتريا لنفسه بمال الغير مستقرضا
له في ضمن الشراء فيجب عليه رده كما لو قضى دينه بمال الغير واستقراض غير
المثلي جائز ضمنا وان لم يجز قصدا الا ترى ان الرجل اذا تزوج امراة على
عبد الغير صح ويجب قيمته عليه لان النكاح على العبد مشروع فينفذه
ومن ضرورته يصير قرضا واعتبار جانب الشراء اولى من اعتبار جانب البيع
بالعين والدين فيجوز على الملاقاة في غير موضع التهمة ولو مات المالك
لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث لنفسه
فلا ينتقل الى غيره بخلاف الوصي والاب اذا توقف على اجازتهما في مال الصغير
ثم بلغ الصغير فانه ينتقل الى الابن لانه لم يتوقف على اجازتهما لنفسه وانما
توقف له فينتقل اليه وبخلاف ما اذا تزوجت امة بغير اذن مولاها وكان
قد وطئها ثم مات المولى حيث ينتقل الاجازة الى ابنه لان عدم الانتقال
الى الوارث كان لمعنى وهو طرو حل بات على موقوف فابطله وقد عدم ذلك
هنا لو طئ ابنه فلا يبطل حتى لو قدر في الشراء ايضا مثل ذلك بان باعها المولى
ممن لا يحل له وطئها والنكاح موقوف كان الحكم كذلك ولو اجاز المالك في حياته
ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه
ثم رجع وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لوقوع الشك في شرط الاجازة
فلا يثبت مع الشك قال رحمه الله وصح عتق مشتر من غاصب باجازة
بيعه لا بيعه معناه لو غصب رجل عبدا او باعه فاعتقه المشتري فاجاز المالك
البيع جاز عتقه ولو لم يعتقه المشتري ولكن باعه لم يجز بيعه وهذا عندهما
وقال محمد لا يجوز عتقه ايضا وهو القياس لانه لم يملكه وقد قال عليه السلام
لا عتق فيما لا يملك ابن ادم وهذا لان عقد الفضولي موقوف على ما بينا والموقوف
لا يفيد الملك او لا نفاذ فيه وعند الاجازة ان ثبت الملك بطريق الاستناد
فهو ثابت من وجه دون وجه فلا يصلح شرطا للاعتاق اذ المصحح للاعتاق
ملك كامل لما روينا وهذا لانه عليه السلام ذكر فيه الملك مطلقا والمطلق
ينصرف الى الكامل ولهذا لو اعتقه الغاصب ثم ادى الضمان لا
يصح العتق مع ان الملك الثابت له بالضمان اقوى من الملك الثابت للمشتري
حتى ينفذ بيع الغاصب اذا ادى الضمان ولا ينفذ بيع المشتري اذا اجاز
المالك البيع الاول وكذا لو اعتقه المشتري والخيار للبائع ثم اجاز البيع
لا ينفذ عتقه وكذا اذا قبض المشتري من الغاصب ثم باعه ثم اجاز المالك
البيع الاول لا ينفذ الثاني مع ان البيع اسرع نفاذا من العتق حتى صح بيع

المكاتب والمأذون له دون عتقهما وكذا لو باع الغاصب المغصوب ثم أدى
الضمان ينفذ بيعه ولو أعتقه المشتري منه ثم أدى نفذ لوقوعه للملك بالوضع
ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الإعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار
كإعتاق المشتري من الراهن فإنه يتوقف وينفذ بإجازة المرتهن وكإعتاق
المشتري من الوارث والتركة مستغرقة بالدين فأجازت الغرماء البيع أو أعتق
الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالدين فقضى الدين أو أبرأ الغرماء فإنه
فإنه ينفذ عتقه وهذا لأن العتق من حقوق الملك والشيء إذا توقف توقف
بحقوقه وإذا نفذ نفذ بحقوقه بخلاف إعتاق الغاصب بنفسه لأن الغصب
لم يوضع لإفادة الملك لكونه عدوانا محضا وإنما يملك ضرورة أداء الضمان كيلا
يجتمع البدلان في ملك رجل واحد فلم يكن الغصب مثبتا للملك في الحال ولا
سببا له ليتوقف هو ويتوقف العتق بتوقفه حكما له بل هو سبب له ضرورة
عند أداء الضمان والعتق وجد قبله وبخلاف ما إذا كان في البيع خيار يمنع
من انعقاده في حق الملك أصلا إذ كان الملك فيه غير موجود لوجود الخيار المانع
منه فلم يصادف الإعتاق محله وهو الملك وهنا البيع مطلق والأصل في الأسباب
المطلقة أن تعمل في حق الحكم بلا تراخ والتراخي إنما ثبت هنا ضرورة دفع الضرر
ولا ضرر في توقف الملك والإعتاق فوجب القول بإظهار السبب في حقه وبعض
توقف الملك أنه موجود في حق الأحكام التي لا يتضرر المالك بها فإن المشتري حتى
الغاصب إذا أعتق ثم ملك المغصوب بأداء الضمان لا ينفذ إعتاقه عند البعض
لأن ملك المشتري ثبت بناء على ملك الغاصب وملك الغاصب لا يكفي لصحة
الإعتاق فكذا ما ثبت بناء عليه والأصح أنه ينفذ لأن ملك المشتري ثبت
مطلقا بسبب مطلق وهو الشراء فاحتمل العتق عند الإجازة بخلاف الغاصب
لأنه ملكه بالغصب وهو سبب ضروري لا مطلق لما مر وكان الملك فيه ناقصا
والناقص لا يكفي للإعتاق ويكفي لجواز البيع ألا ترى أن ملك المكاتب يكفي
لجواز البيع دون العتق وإنما يبطل بيع المشتري من الغاصب عند إجازة
المغصوب منه البيع الأول لأنه بالإجازة يثبت للمشتري الأول وهو البائع
الثاني ملك بات فإذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله لاستحالة اجتماع
الملك البات والملك الموقوف في محل واحد لا يقال لو كان هذا مانعا
لما ثبت الملك الموقوف للمشتري من الفضولي لوجود الملك البات فيه لمالكه
بل كان هذا أولى بالامتناع لأن البات فيه موجود عند ثبوت الموقوف فإذا
كان يرفعه بعد ثبوته فأولى أن يمنعه من الثبوت لأن المنع أسهل من الرفع لأنا
نقول المنع والرفع إنما يكون عند التعارض ولا تعارض هنا لأن الملك الموقوف

لم يظهر في حق المالك وإنما يظهر في حق المتعاقدين لأن البيع قائم بهما وإذا أجاز
المالك بيع الفضولي فالملك البات يثبت للفضولي والملك الموقوف ظاهرا
في حقه لأن الفضولي عاقد فوقع التعارض فيرفع البات الموقوف ولا يقال
إن الغاصب إذا أدى ضمان المغصوب بعدما باعه ينفذ بيعه وقد طرأ على
الملك الموقوف الملك البات قلنا ملك الغاصب ثابت ضرورة إذ ليس الغصب
بسبب موضوع للملك فلا يجعل ثابتا في محل التصرف فيه ضرورة فلا يظهر في
إبطال التوقف وحاصل الخلاف راجع إلى أن عند محمد بيع الفضولي لا ينعقد
في حق الحكم لانعدام الولاية وكان الإعتاق حاصلا في ملك الغير وعندهما
ينعقد في حق الحكم ويوجب الملك على سبيل التوقف لأن الأصل في البيع المنعقد
تعجيل الحكم والتراخي إلى وقت الإجازة لدفع الضرر والضرر في النفاذ لا في
ثبوت الملك على وجه لا يظهر أثره في التصرفات الضارة **قال** رحمه الله
ولو قطعت يده عند المشتري فأجيز فأرشه لمشتريه أي لو قطعت يد عبد باعه
الفضولي ثم أجاز مالكه البيع يكون أرش اليد للمشتري لأن الملك ثبت له
من وقت الشراء فتبين أن القطع ورد على ملكه وعلى هذا كل ما يحدث من المبيع
من كسب أو ولد أو عقر قبل الإجازة فهو للمشتري لما ذكرنا وهو حجة على محمد
والعذر له أن الملك من وجه يكفي لاستحقاق الزوائد كالمكاتب إذا قطعت
يده فأخذ الأرش ثم رد في الرق يكون الأرش للمولى وكذا إذا قطعت يد
المبيع والخيار للبائع فأجاز البيع يكون الأرش ثم رده في الرق يكون
الأرش للمولى وكذا إذا قطعت يد المبيع والخيار للبائع فأجاز البيع يكون
الأرش للمشتري لما ذكرنا أن استناد ملكه بخلاف الإعتاق لافتقاره إلى الملك
الكامل ومع الخيار للبائع لا يثبت الملك للمشتري وبخلاف ما إذا غصب
عبدا فقطعت يده عنده ثم ضمن قيمته حيث لا يكون الأرش له لأن الغصب
ليس بسبب موضوع للملك وإنما يثبت الملك له ضرورة على ما بينا فلا
يظهر في حق استحقاق الزوائد **قال** رحمه الله ويتصدق بما زاد على
نصف الثمن لأن فيه شبهة عدم الملك لأنه غير موجود حقيقة وقت القطع
وإنما ثبت بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه ولأنه إن كان قبل
القبض لم يدخل في ضمانه فيكون ربح ما لم يضمن ويطيب له قدر نصف الثمن لأن
أرش اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل
في ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن
أو فيه شبهة عدم الملك لأن الملك لا يثبت له يوم قطع اليد حقيقة
قال رحمه الله ولو باع عبد غيره بغير أمره فبرهن المشتري على إقرار

البايع او رب العبد انه لم يأمره بالبيع واراد رد العبد لم تقبل لبطلان
دعواه بالتناقض اذ اقدامهما على العقد وهما عاقلان اعتراف منهما بصحته
ونفاذه لان الظاهر من حال العاقل المسلم مباشرة العقد الصحيح النافذ
والبينة لا تبتنى الا على دعوى صحيحة فاذا ابطلنا الدعوى لا تقبل وهذا
يشكل بما ذكر في الزيادات ان المبيع اذا ادعاه رجل فصدقه المشتري
في دعواه فاخذه المستحق باقراره ثم اقام المشتري البينة على اقرار البايع
بان العبد مستحق يريد بذلك ان يثبت له حق الرجوع بالثمن تقبل بينته
وفرقوا بينهما بان العبد في يد المشتري في المسئلة الاولى وفي مسئلة الزيادات
في يد المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا تكون العين سالمة للمشتري فكذلك
لم يرجع في مسئلة الكتاب ورجع في مسئلة الزيادات وقيل اختلف الجواب
لاختلاف الوضع فموضوع ما ذكرها هنا فيما اذا اقام البينة على ان البايع
اقر قبل البيع بان المبيع مستحق فاقدامه على الشرا ينفي ذلك فيكون متناقضا
فلا تقبل بينته وموضوع ما ذكر في الزيادات فيما اذا اقام البينة على ان
البايع اقر بعد البيع انه مستحق فلا يصير متناقضا فتقبل بينته **قال**
رحمه الله ولو اقر البايع في مسئلة الكتاب عند القاضي بان رب العبد لم يأمره
بالبيع بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار
لعدم التهمة فللمشتري ان يساعده فيه فيتحقق الاتفاق بينهما فينتقض في
حقهما لا في حق رب العبد ان كذبهما وادعى انه كان امره فاذا لم ينفسخ في حقه
يطالب البايع بالثمن عندهما لانه وكيله وليس له ان يطالب المشتري لانه
برئ بالتصادق وعند ابي يوسف له ان يطالبه فاذا ادى رجع به على البايع
وهذا بناء على ان ابراء الوكيل المشتري عن الثمن صحيح عندهما ويضمنه للموكل
وعنده لا يصح ولو كان الوكيل بالعكس بان انكر المالك التوكيل وتصادقا
انه وكله فاذا اقام الوكيل البينة لزمه والا استحلف المالك فان حلف
لم يلزمه وان نكل لزمه لان النكول كالاقرار ولو غاب المالك بعد ما ذكرنا
وطلب البايع الفسخ فسخ القاضي البيع بينهما لانه يثبت عند القاضي
ان البيع كان موقوفا فان طلب المشتري تاخير الفسخ ليحلف المالك على انه
لم يأمر لم يأخذ لان سبب الفسخ قد تحقق فلا يجوز تاخيره لاجل اليمين
فلو حضر المالك وحلف اخذ العبد وان نكل عاد البيع ولو كان المالك حاضرا
وغاب المشتري لم يأخذ العبد لان البيع صح ظاهرا فلا يصح القضاء على
الغايب بفسخه وللبايع ان يحلف رب العبد انه ما امره ببيعه فان نكل
ثبت امره وان حلف ضمن البايع ونفذ بيعه كالغاصب اذا باع المغصوب ثم

ملكه

ملكه باداء الضمان ولو مات المالك قبل حضوره فورثه البايع واقام بينة
على اقرار المالك بانه لم يأمره لم تقبل لما بينا من التناقض ولو اقامها
على اقرار مشتريه بذلك بعد موته تقبل بخلاف ما اذا اقامها على هذا
الوجه حال حياة المالك فانها لا تقبل لانه في حال حياته اصيل فيه
فيمتنع بالتناقض وبعد موته نايب عن الميت والميت لو ادعى بنفسه
حال حياته لا يكون متناقضا فكذا نايبه ولو ورثه البايع وغيره فان
ادعى غيره جحود المالك يسمع لانه لم يسبق منه ما يجعله متناقضا بخلاف
شريكه البايع حيث يكون متناقضا وللمشتري ان يحلفه بالله ما يعلم ان الموكل
امره ببيعه فان نكل ثبت الامر وان حلف اخذ نصف العبد ورجع المشتري
على البايع بنصف الثمن وخير في الثمن النصف الاخر لتفرق الصفقة عليه
هذا اذا اقر المشتري بان العبد ملك الامر ولو انكر لا يقبل قول الامر حتى
يقيم البينة على ملكه وله ان يوكل بايعه في خصومته كيلا يصير البايع ساعيا
في نقض ما اوجبه **قال** رحمه الله ومن باع دار غيره فادخلها المشتري
في بنائه ثم اعترف البايع بالغصب وانكر المشتري لم يضمن البايع الدار لان
اقرار البايع لا يصدق على المشتري ولا بد من اقامة البينة حتى يأخذها فاذا لم
يقم المستحق وهو صاحب الدار البينة كان التلف مضافا الى العجز عن اقامة
البينة لا الى عقد البايع لان الغاصب لا يجوز بيعه فعلى هذا التقدير يعلم ان
قوله فادخلها المشتري في بنائه وقع اتفاقا اذ لا تاثير للادخال في البنا في
ذلك والله اعلم

باب السلم

وهو مجمل السلف لغة فانه اخذ عاجل باجل وسمي هذا العقد به لكونه معجلا على
وقته فان اوان البيع بعد وجود المعقود عليه في ملكه اي في ملك العاقد
والسلم يكون عادة بما ليس بموجود في ملكه فيكون العقد معجلا وينعقد بلفظ
السلم ولا ينعقد بلفظ البيع في رواية المجرد لانه ورد بلفظ السلم على خلاف
القياس فلا يجوز بغيره وفي رواية الحسن ينعقد وهو الاصح لانه بيع الا ترى
الى ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم
وهو مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة قال ابن عباس اشهد ان الله
تعالى احل السلم المؤجل وانزل فيها اطول اية وتلا قوله تعالى يا ايها الذين
امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه وقد روينا انه عليه السلام
نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس يأبى جوازه لان المسلم
فيه مبيع وهو معدوم وبيع موجود غير مملوك او مملوك غير مقدور التسليم
لا يجوز فبيع المعدوم اولى ان لا يجوز ولكن تركناه لما روينا **قال** رحمه الله

بما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه لأنه لا يفضي إلى المنازعة وقد قال
عليه السلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل مسمى •
رواه مسلم والبخاري والضبط يكون بمعرفة القدر وقد شرطه عليه السلام
قال رحمه الله وما لا فلا أي ما لا ينضبط صفته ولا يعرف مقداره لا
يجوز السلم فيه لأنه دين وهو لا يعرف إلا بالوصف فإذا لم يمكن ضبطه يكون مجهولا
جهالة تفضي إلى المنازعة فلا يجوز كسائر الديون قال رحمه الله فيصح
في المكيل والموزون المثمن لما روينا من المعنى واحترز بقوله المثمن عن الدراهم
والدنانير لأنهما أثمان وليسا بمثمن حتى لو أسلم فيهما لا يصح سلما لأن السلم تعجيل
الثمن وتأجيل المبيع ولو جاز فيه لانعكس فإذا لم يقع سلما يكون باطلا عند
عيسى بن أبان وقال الأعمش يكون بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين
بحسب الإمكان والعبرة في العقود للمعاني وقول عيسى أصح لأن المعقود عليه
في السلم المسلم فيه وإنما يصح العقد في محل أوجبا العقد فيه وذلك غير
ممكن ولا وجه إلى التصحيح في محل آخر لأنهما لم يوجبا العقد فيه وهذا الخلاف
فيما إذا أسلم فيها غير الأثمان وأما إذا أسلم الأثمان فيها كالدراهم في الدنانير
أو بالعكس فلا يجوز بالإجماع لما عرف إذ القدر بانفراده يحرم النساء ولو أسلم في
المكيل وزنا كما إذا أسلم في الحنطة وزنا بالميزان روى الطحاوي عن أصحابنا
أنه يجوز لأن الكيل والوزن إنما يشترط ليصير معلوم القدر لا لنفي الربا لأنه
لا يقابل بجنسه لأن المؤدى عين الواجب في باب السلم فلا يكون بدلا عن رأس المال
ولا ربا بينهما وروى الحسن عن أصحابنا أنه لا يجوز لأن المسلم فيه دين في الذمة
والمؤدى عين والعين غير الدين حقيقة فيكون المؤدى بدلا عن الواجب
في الذمة حقيقة وإن كان عينه حكما فيكون مشتريا الحنطة بالحنطة
فلا يجوز إلا كيلا وعلى هذا الخلاف لو أسلم في الموزون كيلا قال رحمه
الله والمعدود المتقارب كالجوز والبيض لأنه معلوم مضبوط مقدور التسليم
فأشبه المكيل والموزون ويستوي فيه الكبيرة والصغيرة لاصطلاح الناس
على إهدار التفاوت ولهذا يستوي قيمتها فصار بذلك من ذوات الأمثال
بخلاف البطيخ والرمان لأن آحادها متفاوتة ولهذا يختلف في القيمة
وبها يعرف التفاوت والتماثل وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في بيض
النعامة لتفاوت آحاده في المالية ويجوز السلم في هذه الأشياء كيلا أيضا
وقال زفر لا يصح كيلا لأنه عددي وليس بمكيل فلا يصح إذ المعتبر فيما لا نص فيه
العادة وعنه أنه لا يصح عددا أيضا لأنه يؤدي إلى النزاع في التسليم
والتسلم بسبب التفاوت وإن كان يسيرا فصار كالسفرجل والقثاء لنا

أن المقدار يعرف بالكيل تارة وبالعد أخرى فتنقطع المنازعة بينهما بذكر
أحدهما أيهما كان إذا كان يعرف قدره بهما قال رحمه الله والفلس لأنه
عددي يمكن ضبطه فيصح السلم فيه وقيل عند محمد لا يجوز السلم فيه لأنه ثمن ما
دام يروج والمسلم فيه مبيع فلا يصح فيه كالنقدين وإذا كسدت صارت قطعة
نحاس فلا يجوز فيه عددا ولنا ما ذكرنا أنه يمكن ضبطه به فيصح كسائر المعدودات
وهذه المسألة مبنية على أن اصطلاح الناس على الثمنية لا يبطل باصطلاحهما
عنده وعندهما يبطل على ما ذكرنا في بيع الفلس بالفلسين وذكرنا الفرق
هناك بين الفلوس والنقدين قال رحمه الله واللبن والآجر إن سمى
ملبن معلوم لأن أحدهما لا يختلف اختلافا يفضي إلى المنازعة بعد ذكر الآلة
قال رحمه الله والذرعي كالثوب إن بين الذراع والصفة لأنه يصير
معلوما بذكر هذه الأشياء فلا يؤدي إلى النزاع وإن كان ثوب حرير يباع
بالوزن لا بد من بيان وزنه مع ذلك لأنه يصير معلوما به قال رحمه
الله لا في الحيوان وأطرافه وقال الشافعي يجوز السلم فيه إذا بين الجنس والسن
والنوع والصفة لما روي أنه عليه السلام استقرض بكرا ورد رباعيا ولأنه
بعد بيان ما ذكرنا من الأوصاف لا جهالة فيه فلا يفضي إلى المنازعة كما في
الثياب ولنا ما روي أنه عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان ولأنه يتفاوت
آحاده تفاوتا فاحشا بحيث لا يمكن ضبطه ألا ترى أن العبدين يستويان
في الجنس والسن ويتفاوت قيمتهما لاختلاف المعاني الباطنة كالكياسة
وحسن الخلق والخلق والسير والفصاحة والأمانة والأثرة قال
قائلهم • ألا رب فرد يعدل الألف زائدا • وألف تراهم لا يساوون واحدا •
وكذا سائر الحيوان يختلف اختلافا يؤدي إلى اختلاف المالية فلا يجوز السلم
فيه كما في الحلقات والجواهر بخلاف الثياب لأنها مصنوع العباد والصنعة إنما
توضع بآلة فإذا اتحد الآلة والصانع يتحد المصنوع والتفاوت اليسير يهدر
لا يعتبر وما روي أنه عليه السلام استقرض بكرا فالمراد أنه عليه السلام
استعمله في الصدقة ثم لو يجب الزكاة على صاحبها فردها رباعيا أو استقرض لـ
البيت المال لأنه يجوز أن يثبت الحق مجهولا على بيت المال كما يجب له حق مجهول
وما روي أنه عليه السلام اشترى بعيرا ببعيرين إلى أجل كان قبل نزول
آية الربا لأن الجنس بانفراده يحرم النساء أو كان ذلك في دار الحرب إذ لا
يجري الربا بين المسلم والحربي في دار الحرب على ما بينا ويدخل فيه جميع أنواع
الحيوان حتى العصافير لأن النص لم يفصل قال رحمه الله وأطرافه
يعني لا يجوز السلم في أطراف الحيوان كالرؤوس والأكارع للتفاوت الفاحش •

وقدم الضابط ثم قيل هذا قول أبي حنيفة وعندهما يجوز في اللحم وقيل لا
يجوز بالاتفاق والفرق بينه وبين اللحم أن المسلم فيه هو اللحم دون العظم
والعظم في الرؤوس والأكارع أكثر من اللحم أو مساو له فلا يمكن أن يجعل تبعا للحم
فبقي معتبرا ولا يدرى قدره فيصير قدر المسلم فيه وهو اللحم مجهولا وأما العظم
الذي في اللحم فقليل فأمكن جعله تبعا للحم لقلته كما في عظم الألية ولو أسلم
فيه وزنا اختلفوا فيه **قال** رحمه الله والجلود وعددا أي لا يجوز السلم
فيه وكذا في الورق لا يجوز للتفاوت الفاحش فيهما إلا أن يبين فيهما ضربا
معلوما وطولا وعرضا وصفة معلومة من الجودة والرداءة فحينئذ يجوز السلم
فيهما لإمكان ضبطهما وكذا إذا كانا يباعان وزنا يجوز السلم فيهما بالوزن ه
قال والحطب حزما والرطبة جرزا لأنه مجهول لا يعرف طوله وغلظه حتى
لو عرف ذلك بأن بين الحبل الذي يشد به الحطب والرطبة وبين طوله وضبط
ذلك بحيث لا يؤدي إلى النزاع **قال** رحمه الله والجوهر والخرز لأن آحادها
متفاوتة تفاوتا فاحشا وفي صغار اللآلئ اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم
فيها بالوزن لأنه مما يباع بالوزن فيمكن معرفة قدره **قال** رحمه الله ه
والمنقطع أي لا يجوز السلم فيه في الشيء المنقطع لأن شرط جوازه أن يكون موجودا
من حين العقد إلى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل
أو بالعكس أو منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وحد الانقطاع أن لا يوجد في الأسواق
وإن كان في البيوت وقال الشافعي يجوز في المنقطع إذا كان موجودا عند المحل
لوجود القدرة عند وجوبه ولا معنى لاشتراطه قبل ذلك ولنا ما روي عن أنس
أن النبي عليه السلام نهى عن بيع الثمرة حتى تزهي قالوا وما تزهي قال تحمر وقال
إذا منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه رواه مسلم والبخاري وعن ابن عمر أن
النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمبتاع
رواه البخاري ومسلم وجماعة أخر وفي لفظ حتى يبيض ويأمن من العاهة وهذا
نص على أنه لا يجوز في المنقطع في الحال إذ الحديث ورد في السلم لأن بيع الثمار
بشرط القطع جائز لا يمنع أحد بيع ما أمكن منتفع به في الحال أو في المآل
وقوله عليه السلام فبم يستحل أحدكم مال أخيه وهو رأس مال السلم يدل عليه
لأن احتمال بطلان البيع بهلاك المبيع قبل القبض لا يوجد في الثمن من البيع
ولأن القدرة على التسليم حال وجوبه شرط لجوازه وفي كل وقت بعد العقد
يحتمل وجوبه بموت المسلم إليه لأن الديون تحل بموت من عليه الدين فيشترط
دوام وجوده لتدوم القدرة على التسليم لأن جوازه على خلاف القياس فيجب
الاحتراز فيه عن كل خطر يمكن وقوعه لأن المحتمل في باب السلم كالواقع ولأن

القدرة

القدرة على التحصيل بالتسليم في المدة ولا بد من استمرار الوجود فيها ليتمكن من
التحصيل ولو انقطع عن أيدي الناس بعد المحل قبل أن يوفي المسلم فيه فرب
السلم بالخيار إن شاء فسخ العقد وأخذ رأس ماله وإن شاء انتظر وجوده
وقال زفر يبطل العقد ويسترد رأس ماله للعجز عن تسليمه كما إذا هلك المبيع
قبل القبض قلنا إن السلم قد صح وتعذر تسليم المعقود عليه بعارض على
شرف الزوال فيتخير فيه كما إذا أبق العبد المبيع قبل القبض لأنه قد فات
إلى خلف وبخلاف ما إذا اشترى بالفلوس شيئا وكسدت حيث يبطل البيع
به لأنها تعود أصلا ولا يرجى زواله ولو رجي لا يعلم متى يروج بخلاف ما نحن
فيه فإنه لا يدرك الثمن في العقد على التسليم أوانا معلوما فيتخير ه
قال رحمه الله والسمك الطري أي لا يجوز السلم في السمك الطري لأنه
ينقطع عن أيدي الناس في الشتاء لانجماد المياه حتى لو كان في بلد لا ينقطع فيه
السمك أو أسلم فيه في حينه جاز وزنا لا عددا وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في الكل
التي تنقطع كالسلم في اللحم لاختلاف الناس في نوع عظمها واختلاف رغباتهم في
مواضعها **قال** رحمه الله وصح وزنا لو مالحا أي لو كان السمك مالحا جاز
السلم فيه وزنا لا عددا لأن المالح منه وهو القديد لا ينقطع عن أيدي الناس
وهو معلوم يمكن ضبطه ببيان قدره بالوزن وبيان نوعه وذكر في النهاية
معزيا إلى الإيضاح أن الصحيح في الصغار منه يجوز وزنا وكيلا وفي الكبار
روايتان **قال** رحمه الله واللحم أي لا يجوز السلم في اللحم وهذا عند أبي
حنيفة وقالا يجوز إذا بين جنسه ونوعه وسنه وموضعه وصفته وقدره كشاة
خصي ثني من الجنب والفخذ مائة رطل لأنه موزون مضبوط الوصف ولهذا
يضمن بالمثل عند الإتلاف ويصح استقراضه وزنا وهو لا يصح إلا في ذوات الأمثال
ويجري فيه ربا الفضل لعلة الوزن فصار كالألية وشحم البطن بخلاف لحم الطيور
فإنه لا يقدر على وصف موضع منه وتضمنه غير مقصود وهو العظم لا يمنع الجواز ه
كتضمن التمر والمشمش والخوخ النوى وكتضمن الألية العظم ولأبي حنيفة
أن اللحم يختلف باختلاف فصول السنة فإنه سمينا في الشتاء يعد مهزولا في
الصيف ولأنه يتضمن عظاما غير معلومة ويجري فيه المماكسة فالمشتري يأمره
بأن ينزع والبائع يدسه فيه وهذا النوع من الجهالة والمنازعة لا يرتفع
ببيان الموضع وذكر الوزن فصار كالسلم في الحيوان بخلاف النوى في الثمار
والعظم في الألية فإنه معلوم ولهذا لا تجري فيه المماكسة وفي مخلول العظم
لا يجوز على الوجه الأول وهو الأصح لأن الحكم إذا علل بعلتين لا ينتفي الحكم
بانتفاء إحداهما لا عرف في موضعه والتضمين بالمثل ممنوع فإنه من ذوات القيم

في رواية بيوع الجامع وكذا لا يجوز استقراضه وما يسلم فيه نوع متعاين عند الاطلاق والاستقراض فيمكن ضبطه بالمشاهدة بخلاف الموصوف في الذمة وقيل الاختلاف بينهم بجواب ابي حنيفة فيما اذا اطلق السلم في اللحم وتمامًا يجوز فيه وجوابهما فيما اذا بين موضعًا منه معلومًا وبين وزنًا فيه والاصح ان الاختلاف فيه ثابت قال رحمه الله وبمكيال او ذراع لم يدر قدره اي لا يجوز السلم بذراع معين او بمكيال معين لا يعرف قدره لانه يحتمل ان يضيع فيؤدي الى النزاع بخلاف البيع به حالا حيث يجوز لان التسليم فيه يجب في الحال فلا يتوهم فوته وفي السلم يتاخر التسليم فيخاف فواته وقد ذكرناه في اول البيوع وفي الهداية ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالصاع مثلا وان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا عن ابي يوسف وهذا لا يستقيم في السلم لانه ان كان لا يعرف قدره فلا يجوز السلم فيه كيف ما كان لما ذكرنا وان كان يعرف قدره فلا تعتبر به لبيان القدر لا لتعيينه فكيف يتاتى فيه الفرق بين المنكبس وغير المنكبس وانما التجويز في طلب الماء وانما يستقيم هنا التفصيل في البيع اذا كان يجب تسليمه في الحال حيث يجوز بما لا يعرف قدره ويشترط في ذلك ان لا ينكبس ولا ينبسط ويجوز فيه استحسانًا قرب الماء ايضا قال رحمه الله وبر قرية وثمر نخلة بعينه اي لا يجوز السلم فيهما لاحتمال ان يعتريهما آفة فلا يقدر على تسليمهما والى هذا اشار عليه السلام بقوله اذا منع الله الثمر فبم يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة لبيان النوع بان كان له نظير فلا بأس به وكذا نسبته الى اقليم لا يتوهم انقطاعه كالشام او العراق قال رحمه الله وشرطه بيان الجنس والنوع والصفة والقدر والاجل كقوله حنطة سقيه جيد سقيه جيد عشرة اكرار الى شهر لان الجهالة تنتفي بذكر هذه الاشياء وقال الشافعي الاجل ليس بشرط لجوازه لما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم مطلقا واشتراط الاجل فيه زيادة على النص ولانه بيع ما في الذمة فيصح حالا كالعين والمعنى فيه انه معاوضة مال بمال فيكون الاجل فيه جائزا ترفيها لا شرطا كغيره من انواع البيوع والاجارات ولان الظاهر ان العاقل لا يلتزم ما لا يقدر عليه فكان قادرا على تسليمه ظاهرا وذلك يكفي لجواز العقد ولو لم يكن قادرا على التسليم كان قادرا مما يدخل في ملكه من راس المال بواسطة التحصيل به ولهذا اوجبنا تسليم راس المال على رب السلم اولا قبل قبض المسلم فيه بخلاف الكتابة على اصله فانه يخرج من يد مولاه غير مالك لشيء فلا يقدر على الاداء في الحال فيشترط فيها التاجيل ليتمكن من التحصيل ولنا قوله عليه السلام من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم فشرط فيه

اعلام

اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر فكان لازما كالقدر وهذا لان المشروع رخصة لا يوجد بدونه كالصفة كالصلاة شرعت بوضوء فلا توجد بدونه والرهن شرع مقبوضا فلا يوجد بدونه ونظيره من قال من دخل داري فليدخل غاض البصر لا يجوز له ان يدخلها الا وهو كذلك وكذا من قال من اراد ان يصلي فليتوضا وما رواه حكاية حال فلا عموم لها لاحتمال ان يكون المرخص هو المؤجل ولان القدرة على تسليم المعقود عليه شرط لصحة العقد فانه يثبت القدرة وهو الاجل الذي فيه يتمكن من تحصيله يكون شرطا ضرورة وهذا لان الواجب من الاصل هو تعيين المعقود عليه ليكون قادرا على تسليمه بابلغ الجهات حتى اذا كان لا يقدر على تسليمه مع تعينه كالابق ونحوه لا يجوز بيعه فعلم بذلك ان البيع من غير تعيين المبيع رخصة لاجل المفاليس لما روينا والرخصة اسم لما استبيح مع قيام الدليل المحرم والمؤنة لعذر تيسيرا على العباد والعذر هنا هو العجز عن التسليم لعدمه والعجز بسبب العدم لا يرتفع الا بالتمليك او الامهال الى زمان التحصيل او الحصاد فاسقط التعيين لحاجة المفاليس وعوض الاجل لتقوم القدرة على التحصيل مقام القدرة على التسليم حقيقة بخلاف الكتابة لان البدل فيها معقود به لا معقود عليه والشرط ان يقدر على تسليم المعقود عليه لا الثمن حتى جاز الاستبدال به قبل القبض والتعيين فلا يجب تعيينه حتى يقام الاجل مقام التعيين ولانه دخله رخصة لان عدمه اصل وليس بعارض للعذر ولان الكتابة ارفاق فيصير عليه المولى ظاهرا ولا يضيق عليه بالمطالبة بالبدل اذ لو اراد التضييق عليه لما كاتبه اصلا اذ العتق بكسبه له واما السلم فعقد تجارة وهو مبني على المماكسة والمضايقة فالظاهر انه يطالبه به عقيب العقد وهو عاجز عن تسليمه فيؤمر بالتاجيل ليتمكن من التحصيل ولا يكون عليه سبيل ولا يراد ان يكون العوضان فيه يجب تسليمهما في المجلس كغيره من البياعات ولا يمكنه من التحصيل الا بالاطالة والخبر وهذا ايضا في معنى الرخصة لاجل العجز والمسكنة وما كان شرعيته للانتفاع لهم فانقلب ضررا عليهم ولا يقال لو كان مشروعا لدفع حاجة المفاليس لما جاز لغير المفلس لانا نقول الشيء في السلم لا يباع عادة الا باقل ولا يقدم على مثله الا المحتاج فدلنا اقدامه على هذا البيع على انه محتاج فاقيم ذلك مقام الحاجة لتعذر الوقوف عليها كما اقيم السفر مقام المشقة والنوم مضطجعا مقام الخروج لتعذر الوقوف عليهما وشرط ان يكون الاجل معلوما لما روينا ولانه اذا لم يكن معلوما يفضي الى المنازعة قال رحمه الله واقله شهر اي اقل الاجل شهر وروي ذلك عن محمد لان ما دونه عاجل والشهر وما فوقه اجل الا ترى ان المدين اذا حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل

تمام الشهر في غيبته فاذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل لان الشهر وما فوقه
في حكم الآجل وقيل ثلاثة ايام رواه الطحاوي عن اصحابنا اعتبارا بشرط الخيار
وقيل اكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل ما يتأخر
قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما عادة اكثر من نصف يوم وعن الكرخي انه
ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس في التاجيل في مثله فان اجل فيه
قدر ما يؤجل الناس في مثله جاز والا فلا والاول اصح وبه يفتى قال
رحمه الله وقدر راس المال في المكيل والموزون والمعدود اي شرطه بيان قدر
راس المال اذا كان العقد يتعلق على مقداره مثل المكيل والموزون والمعدود
وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يحتاج الى بيان قدر راس المال اذا كان معينا
لانه صار معلوما بالاشارة فلا يشترط اعلام قدره كما في الثمن والاجرة
والمذروعات والمعنى فيه معرفة العوض انما تشترط احترازا عن المنازعة
وجهالة قدره بعد التعيين بالاشارة لا تفضي الى المنازعة كجهالة القيمة
فلا يشترط معرفته كما لا يشترط معرفة القيمة ولابي حنيفة ان جهالة قدر
راس المال قد تفضي الى جهالة المسلم فيه بان ينفق بعضه ثم يجد بالباقي عيبا
فيرده ولا يستبدله استبدالا في مجلس الرد فينفسخ العقد في المردود ويبقى
في غيره ولا يدري قدر ما يبقى العقد بحسابه فيفضي الى جهالة المسلم
فيه فيجب التحرز عن مثله وان كان موهوما الا ترى انه لا يجوز بمكيال معين
او بوزن معين لم يعرف مقداره لتوهم هلاكه ولانه ربما يعجز عن تسليم المسلم
فيه فيحتاج الى فسخ العقد بعد ما انفق راس المال فيفسخانه ولا يدري
كم يرد فيفضي الى المنازعة او الى الربا فيجب التحرز عن كل موهوم لشرعه مع
المنافي اذ هو بيع المعدوم الا انه عليه السلام قال اذا منع الله الثمرة بما
يستحل مال اخيك بخلاف ما اذا كان راس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه
فلا ينقسم الثمن عليه ولا يتعلق العقد به على ما بينا من قبل فجهالته لا
تؤدي الى جهالة المسلم فيه ومن فروعه اذا اسلم في جنسين ولم يبين راس
مال احدهما بان اسلم مائة درهم في كر حنطة وكر شعير ولم يبين حصة واحد
منهما من راس المال لانه ينقسم عليهما باعتبار القيمة وهي تعرف بالحزر فلا يكون
معلوما او اسلم جنسين ولم يبين قدر احدهما بان اسلم دراهم ودنانير
في مقدار معلوم من البر فبين قدر احدهما ولم يبين الآخر لان راس المال لا يكون
معلوما لمعرفة بعضه اذ لا يعلم به ما يخصه من المسلم فيه والمراد بالمعدود
هنا ما لا يتفاوت آحاده لانه حينئذ يتعلق العقد بقدره لانه من المقدرات
قال رحمه الله ومكان الايفاء فيما له حمل ومؤنة اي شرط جوازه

بيان

بيان مكان الايفاء المسلم فيه اذا كان له حمل ومؤنة وهذا عند ابي حنيفة وقالا
ليس بشرط ويوفيه في موضع العقد لان التسليم موجب العقد فيتعين
له موضع وجوده كما في البيع ولهذا وجب تسليم راس مال السلم في ذلك
المكان فكذا البدل الآخر اذ العقد يوجب المساواة لان السبب الموجب
للاحكام المتعلقة به والتسليم من جملتها فيتعين له موضع وجوده دلالة
ما لم يعينا له مكانا آخر نصا فيتعين له ذلك المكان لانه يفوق الدلالة
بخلاف البيع حيث يبطل باشتراط تسليم المبيع في غير موضع العقد لان المشتري
ملك المبيع بالعقد فاشتراط النقل على البائع شرط فاسد اذًا اذ العقد
لا يقتضيه ان تكون اجارة في بيع فيكون مفسدا للنهي المعروف عن صفقة
في صفقة ورب السلم لا يملك المسلم فيه قبل التسليم فاشتراطه لا يكون اشتراط
الحمل في ملكه بل في ملك البائع وذلك غير مفسد ولانه لا يزاحمه مكانا آخر فتعين
ضرورة كاول اوقات الامكان في الاوامر المطلقة وصار كالقرض والغصب
والاتلاف ولابي حنيفة ان تعين مكان العقد اما بالتعيين صريحا او ضرورة
وجوب التسليم عليه في الحال ولم يوجد اذ السلم لا يجوز الا مؤجلا فيكون التسليم
مؤخرا ضرورة بخلاف البيع والاتلاف والقرض والغصب لانه واجب التسليم
في الحال فتعين موضع وجود السبب ضرورة لانه لو تعين مكان العقد لما جاز
تعيين بالشرط مكان البيع في حق المعين ولتعين مكان العقد فيما اذا عقدا
في لجة في البحر وفساده لا يخفى فاذا لم يتعين ولم يعينا مكانا آخر بقي مجهولا
جهالة فاحشة فيؤدي الى المنازعة فيفسد كاختلاف الصفة لان قيمة
ما له حمل ومؤنة تختلف باختلاف الاماكن كما تختلف باختلاف الصفة الا ترى
ان الحطب في المدن اغلى منه في القرى ولهذا قيل ان الاختلاف في بيان مكان
الايفاء يوجب التحالف عنده كالاختلاف في الصفة وقيل على عكسه لان تعيين
المكان يقتضيه العقد عندهما حتى لا يحتاج فيه الى ذكره وكان اختلافا في نوع
العقد فيتحالفا كما لو اختلفا في البدل وعنده لا يقتضيه العقد حتى
احتيج فيه الى ذكره فصار كالاختلاف في شرط الخيار والاجل وعلى هذا الخلاف
الثمن والاجرة والقسمة اذا كان لها حمل ومؤنة وهي دين في الذمة مؤجلة
بان اشترى شيئا او استأجره بحنطة في الذمة موصوفة او اقتسما شيئا و
احدهما مكيلا موصوفا في الذمة الى الاجل فعنده يشترط بيان مكان الايفاء
في الصحيح حتى يفسد اذا لم يبين وعندهما لا يشترط فيسلم في مكان البيع ومكان
تسليم العين المستاجرة وفي موضع القسمة ثم اذا عين مصرا جاز لانه مع تباين
اطرافه كبقعة واحدة في حق هذا الحكم لان قيمته لا تختلف باختلاف المحلة

من مصر واحد ولهذا لو استأجر دابة ليحمل عليها في المصر فله ان يحمل عليها في
اي مكان كان وكذا لو دفع ماله الى رجل مضاربة ليعمل في المصر فله ان يعمل
في اي مكان شاء وقيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فان كان عظيما تبلغ بين
نواحيه فرسخا لا يجوز ما لم يبينا ناحية منه لان جهالته مفضية الى المنازعة
ولو شرط ان يوفيه في منزله جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز لان المنزل
مجهول وقد يتبدل فلا يعلم وجه الاستحسان ان يراد به المنزل حال حلول
الاجل عادة والظاهر بقاؤه في منزله اليه ولو شرط الحمل الى منزله قيل يجوز
لانه اشترط الايفاء فيه وقيل لا يجوز لان الحمل لا يقتضيه العقد وانما يقتضي
الايفاء وهو متصور بدون الحمل فيكون اشتراطه مفسدا وان شرط ان يوفيه
في موضع ثم يحمله الى منزله لا يجوز لانه يملكه بالايفاء ثم اشتراط الحمل يكون اجارة
في بيع فلا يجوز **قال** رحمه الله وما لا حمل له يوفيه حيث شاء هذا على اطلاقه في
قول ابي حنيفة سواء بينا مكان الايفاء او لم يبينا لان ماليته لا تختلف باختلاف
الاماكن فلا يفيد تعيينه فيلغو وقيل ان لم يبين فيه تعين موضع مكان
العقد عنده وهو ظاهر من قولهما لانه موضع الالتزام وهو رواية الجامع
الصغير والبيوع وان بين يتعين ذلك لانه قد يفيد امن خطر الطريق
فيعتبر تحاميله ان فيما لا حمل له ولا مؤنة كالمسك والزعفران وما اشبههما
لا يحتاج فيه الى تعيين مكان الايفاء بالاجماع وان اختلفت رواياتهم فيه
في التعريج في اي مكان يجب تسليمه على ما بينا **قال** رحمه الله وقبض
راس المال قبل الافتراق اي شرط جواز السلم قبض راس المال قبل ان يتفرقا
والمراد شرط بقائه على الصحة لانه ينعقد صحيحا ثم يبطل بالافتراق لا عن
قبض وانما شرط قبضه قبل الافتراق لان السلم ينبئ عن اخذ عاجل باجل وذلك
بالقبض قبل الافتراق ليكون حكمه وافق ما يقتضيه اسمه كما في الحوالة
والكفالة والصرف ولا فرق في ذلك بين ان يكون راس المال مما يتعين او لا
لما ذكرنا ولانه فيما لا يتعين يلزم الافتراق عن دين بدين وهو منهي عنه ولانه
لا بد من تسليمه اليه ليتصرف فيه فيقدر على تسليم المسلم فيه ولهذا قلنا لا يجوز
اشتراط الخيار فيه لانه يمنع تمام القبض اذ القبض لا يتم اذا كان مبنيا على
الملك وخيار الشرط يمنع ثبوت الملك لانه يمنع انعقاد العقد في حق الحكم
فيمنع تمام القبض والافتراق فيه قبل تمامه يبطل العقد وكذا لا يثبت في
السلم فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد لانه دين في الذمة فكلما رده عليه
بخيار الرؤية اعطاه غيره لكونه لا يتعين فلا يفيد بخلاف خيار العيب
في راس المال وخيار الرؤية فيه حيث يثبت فيه لانه مما يتعين بالتعيين

لانها يتبين ان الفسخ بالرد ولان خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة بالقبض
بخلاف الاستحقاق فان الاستحقاق لا يمنع تمام القبض حتى لو اجاز المالك
العقد بعد الافتراق عن قبض جاز لان السبب فيه مطلق وامتناع الحكم ليس
بمقتضى السبب بل لحق المالك فاذا اجاز التحقت الاجازة بحالة العقد بخلاف
خيار الشرط لانه يمنع انعقاده في حق الحكم وهو فوق الافتراق قبل القبض فيكون
مبطلا ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق جاز اذا كان راس المال قائما
عند اسقاط الخيار والا فلا لان الاتمام معتبر بالابتداء وفيه خلاف زفر وهو مبني
على قاعدته ان العقد متى وقع فاسدا لا يعود صحيحا عنده على ما بينا من قبل
وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام راس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه
وتأجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله ويدخل تحت قوله اعلام
راس المال اعلام جنسه ونوعه وصفته وقدره وكذا في المسلم فيه والقدرة
على تحصيله ان يكون موجودا من حين العقد الى حين المحل **قال** رحمه الله
فان اسلم مائتي درهم في كر بر مائة منها دين عليه ومائة نقدا فالدين في السلم باطل
اي في حصة الدين لانه دين بدين وصح في حصة النقد لوجود قبض راس المال بقدره
ولا يشيع الفساد لانه طارئ اذ السلم وقع صحيحا في الكل ولهذا لو نقد
الباقي قبل الافتراق صح لان الدين لا يتعين في العقد لكنه يبطل بالافتراق
قبل نقد المائة الاخرى فلا يشيع البطلان الطارئ كما اذا باع عبدين فهلك
احدهما قبل القبض يبطل العقد فيه دون الاخر لما قلنا بخلاف ما اذا جمع
بين حر وعبد وباعهما حيث يبطل فيهما لان البطلان فيه مقارن فيكون بيعا
بالحصة ابتداء فلا يجوز لجهالة ثمنه او لان العقد الواحد لا يكون موصوفا بالصحة
والبطلان ولا فرق في ذلك بين ان يضيف الى الكل كما ذكرنا او يضيف الى
ما يتبين ضبط المقام بجعل المائة من راس المال قصاصا عما في ذمته من الدين في
الصحيح لان المعنى يجمعهما وهو كون الفساد طارئا اذ الدين لا يتعين باضافة
العقد اليه الا ترى انه لو باع عبدا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع ولو
تعين لبطل بخلاف ما لو تبايعا عينا بدين وهما يعلمان ان لا دين حيث يبطل البيع
لانه بيع بلا ثمن ولا يقال لو قال اسلمت اليك هذه المائة والمائة التي لي على
فلان حيث لا يبطل العقد في الكل وان نقد الكل لانا نقول اشتراط تسليم
الثمن على غير العاقد مفسد للعقد وفساده مقارن للعقد فيتعدى بخلاف ما
نحن فيه على ما بينا ولو كان العين والدين مختلفي الجنس بان كان له على امرأته
دراهم فاسلمها اليه وعشرة دنانير عينا في اكرار معلومة لا يجوز في الكل اما
حصة الدين فلما ذكرنا واما حصة العين فلجهالة ما يخصه من المسلم فيه

وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يجوز في حصة الدين وهي منبنية على اعلام قدر
رأس المال وقد بيناه وعن زفر ان السلم في الكل باطل في الجنس الواحد انهما
لانه لما بطل في حصة الدين وجب ان يبطل في غيره لانه جعل القبول فيه
شرطا لصحته في الاخر فيفسد في الكل وجوابه ما بينا ان العقد وقع صحيحا
لعدم تعين الدين ثم فساده في البعض لا يتعدى على ما تقدم واما ما فيه
ابن عباس **قال** رحمه الله ولا يجوز التصرف في رأس المال والمسلم فيه
قبل القبض بشركة او تولية لان المسلم فيه مبيع بدليل ما روي انه عليه السلام
نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والتصرف في المبيع المنقول
قبل القبض لا يجوز على ما عرف في موضعه ورأس المال مستحق القبض في المجلس والصرف
له فيه يفوت القبض المستحق فلا يجوز والاصل فيه قوله عليه السلام لا تاخذ الا
سلمك او رأس مالك وهذا يمنع التصرف فيهما قطعا حتى لم يجز اخذ غيرهما بدلا
عنهما ففي التولية تمليكه بعوض وفي الشركة تمليك بعضه بعوض فلا يجوز ولان
رأس المال له شبهة بالمبيع حتى لا يجوز تفويتها بالقبض فيه بالتمليك او الابراء كالمبيع
فاخذ حكمه **قال** رحمه الله فان تقايلا السلم لم يشتر من المسلم اليه شيئا برأس
المال حتى يقبضه بحكم الاقالة لقوله عليه السلام لا تاخذ الا سلمك او
رأس مالك حال انفساخه فامتنع الاستبدال ولان رأس المال اخذ شبها بالمبيع
لان الاقالة بيع في حق غيرهما ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فتعين ان
يجعل رأس المال مبيعا وان كان دينا في الذمة لان كونه دينا لا ينافي ان يكون
مبيعا كالمسلم فيه قبل القبض فصار رأس المال بعد الاقالة بمنزلة المسلم
فيه قبلها فياخذ حكمه من حرمة الاستبدال بغيره ولان الاقالة لما صادفت
بيعا صحيحا نزوجه كان حكم رأس المال فيها كحكمه في البيع الاول وهو السلم
تنزيلا للخلف منزلة الاصل فيحرم استبداله بعد الاقالة كما كان يحرم
قبلها الا انه لا يجب قبضه في المجلس بعدها كما كان يجب قبلها لان الاقالة
ليست ببيع من كل وجه ولهذا جاز ابراؤه عنه وان كان لا يجوز قبلها وقال
زفر والشافعي يجوز بيعه بعد الاقالة وهو القياس لانه لما بطل السلم بقي
رأس المال دينا في ذمته فيصح الاستبدال به كسائر الديون ووجه الاستحسان
ما بيناه **قال** رحمه الله ولو اشترى المسلم اليه كرا وامر رب السلم
بقبضه قضاء لم يصح وصح لو قرضا او امره بقبضه له ثم لنفسه ففعل معناه
ان يكيله لنفسه بعد القبض ثانيا لانه اجتمع هنا صفقتان صفقة
بين المسلم اليه وبين المشتري منه وصفقة بين المسلم اليه ورب السلم كلاهما
بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين قضاء للصفقتين ولم يوجد فلا

وهو

ثانيا اذا امر المسلم اليه بقبضه له بان يكيله ثم ليقبضه لنفسه بالكيل ثانيا
فلهذا اجازه الاصل فيه ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري
فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري وهو محمول على ما اذا اجتمعت الصفقتان
فيه واما في صفقة واحدة فيكتفي بالكيل مرة في الصحيح فان قيل سلم المسلم
اليه مع رب السلم سابق على شراء المسلم اليه من بائعه فلم يكن المسلم اليه بائعا لرب
السلم بعد الشراء فلا يدخل تحت النهي قلنا السلم وان كان سابقا فقبض المسلم فيه
لاحق والمقبوض بدل عن المسلم فيه حقيقة وان كان عينه حكما احترازا عن
الاستبدال فكان بيعا حقيقة ولان استبدال المسلم فيه بجنسه جائز الا ترى انه
لو قضاه اجود مما شرطاه جاز ولو حرم الاستبدال بجنسه لما جاز وكان اشتراء لا
حقيقة وحكما فيثبت انه بيع جديد بعد الشراء فوجب الكيل ثانيا لاجله بخلاف
ما اذا كان الكر قرضا فاشترى المستقرض كرا فامر المقرض بقبضه قضاء بحقه
يجوز وان لم يعد الكيل لان القرض عارية حتى ينعقد بلفظ العارية فكان
المقبوض عين حقه تقديرا فلم يكن استبدالا ولو كان استبدالا لكان مبادلة
الجنس بجنسه نسيئة فلم يتحقق الصفقتان فيكتفى بكيل واحد للمشتري فيقبضه
له ثم لنفسه من غير اعادة كيل **قال** رحمه الله ولو امر رب السلم ان يكيله
في ظرفه ففعل وهو غائب لم يكن قبضا بخلاف البيع يعني لو دفع رب السلم
الى المسلم اليه ظرفا كالغرائر مثلا وامر المسلم اليه ان يكيل الطعام المسلم فيه
ويجعله في الظرف ففعل المسلم اليه ورب السلم غائب لم يكن قبضا ولو
كان السلم مشتري بان اشترى برا معينا ودفع المشتري الى البائع ظرفا وامره
ان يكيله ويجعله في الظرف ففعل البائع والمشتري غائب صح وهو المراد بقوله
بخلاف البيع والفرق ان رب السلم حقه في الذمة ولا يملكه الا بالقبض فلم
يصادف امره ملكه فلا يصح فيكون المسلم اليه مستعيرا للظرف فيجعل فيه ملك
نفسه كالدائن اذا دفع كيسا الى المدين وامره ان يزن دينه ويجعله فيه فانه
لا يصح والمشتري ملك الطعام بنفس الشراء فيصح امره لمصادفته ملكه فيكون
قابضا بجعله في الظرف ويكون البائع وكيلا في امساكه الظرف فيكون الظرف
في يد المشتري حكما فكان الواقع فيه واقعا في يده او بالقابض ولهذا اكتفى
بذلك الكيل في الصحيح الا ترى انه لو امره بالطحن او بطرح الملح في اللحم
ففعل يكون على الامر في الشراء ويتقرر الثمن عليه وفي السلم على المامور
لما قلنا فان قيل البائع لا يصح توكيله ولا يكون قابضا له فكيف يتصور
ان يكون وكيلا له هنا قلنا انما صح امره لكونه مالكا له صار وكيلا له ضرورة
وكم من شيء يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا ولو كان رب السلم حاضرا وكاله

المسلم اليه بحضرته وخلى بينه وبين الطعام يصير قابضا لان التخلية تسليم ولو
امره ان يكيله في الغرائر بكيله ويجعله في ظرف البائع ففعل لم يصر قابضا لان
المشتري صار مستعيرا للظرف من البائع ولم يقبضه فلا تصح العارية
لانها لا تتم بدون القبض فلا يكون الواقع فيه واقعا في يد المشتري
فصار كما لو امره ان يجعله في ناحية من بيت البائع ولو اجتمع الدين والعين
وكان الظرف للمشتري وامره ان يجعله فيه في ناحية حوضه فان بدا بالعين
صار قابضا للكل اما العين فلصحة الامر به واما الدين فلانه خلطه
بماله فملكه بالاتصال به كمن دفع لصائغ فضة ليصوغها خاتما وامره ان
يزيد عليه من عنده فضة قرضا وكمن استقرض من رجل حنطة وامره ان
يزرعه في ارضه قبل ان يقبضه فانه قابضا له بالاتصال بملكه لاجنبي
ماله والخلط باذنه بخلاف الصباغ اذا صبغ الثوب حيث لا يصير
صاحبه قابضا باتصال الصبغ بثوبه لان المعقود عليه فيه الفعل والصبغ
لا العين والفعل لا يجاوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال ولم يتصل
بالثوب فلهذا لم يصر قابضا وان بدا بالدين لم يصر قابضا لهما اما الدين
فلما ذكرنا واما العين فلانه لما خلطه بملكه فقد استهلكه قبل التسليم
عند ابي حنيفة فينتقض البيع وهذا الخلط لم يرض به لجواز ان يكون مراده
البداية بالعين فلم ينتقل رضاه حتى يكون شريكا له وعند ابي يوسف
يصير قابضا لهما جميعا كما اذا بدا بالعين لانه كالدين او لا يخرج
عن ملكه ولم يصر البائع قابضا له لما قلنا ولما كان العين بعده وخلط
فيه صار قابضا للعين لما ذكرنا ثم للعين دون الدين لانه لما بدا بالدين
لم يملكه فصار كما لو بدا بالعين وقال محمد يصير قابضا للعين دون الدين
لانه لما بدا بالدين لم يملكه المشتري بل بقي على ملك البائع وصار مستعيرا
لظرفه ولما كال العين بعده وخلطه صار خالطا ملك المشتري بملك نفسه
ومستهلكا له باذنه فيشتركان فيه ولم يبرا عن الدين لعدم القبض بخلاف
ما اذا بدا بالعين لانه صار مسلما للمشتري بوضعه في ظرفه ثم بخلط الدين
باتصاله بملكه بعده هكذا ذكره قاضيخان وذكر صاحب الهداية ان المشتري
بالخيار عندهما ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس
باستهلاك عندهما **قال** رحمه الله ولو اسلم امة في كر وقبضت
الامة فتقايلا فماتت او ماتت فتقايلا صح وعليه قيمتها
يعني ماتت الامة بعد الاقالة قبل ان يقبضها رب السلم بحكم الاقالة
او ماتت قبل الاقالة ثم تقايلا بعد موتها تبقى الاقالة على حالها ولم

تبطل

تبطل بموتها في الاولى وصحت بعد موتها في الثانية ويجب على المسلم اليه قيمة
الجارية فيهما يوم قبضها لان شرط صحة الاقالة بقاء العقد وهو يتبقى ببقاء
المعقود عليه والمعقود عليه في السلم هو المسلم فيه وهو باق في ذمة المسلم
اليه بعد هلاك الجارية فصحت الاقالة ابتداء وكذا بعد الهلاك لان البقاء
اسهل من الابتداء فاذا انفسخ العقد يجب عليه رد الجارية وقد عجز بموتها
فيجب عليه قيمتها لقيامها مقامها كما لو تقايضا عبدا بجارية ثم تقايلا
بعد هلاك احدهما فانه يصح لبقاء احدهما ويجب رد الباقي منهما ويجب على
الاخر قيمة الهالك لما قلنا **قال** رحمه الله وعكسه شراؤها بالف
اي عكس مسئلة السلم شرا الجارية بالف فان الحكم فيها لو ماتت الجارية
بعد الاقالة قبل القبض بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد هلاكها ابتداء
لم يصح لان المعقود عليه فيها هي الجارية فلا تصح الاقالة بعد هلاكها
ابتداء ولا انتهاء لانعدام المحل فكانت عكس الاولى بخلاف بيع المقايضة
حيث تصح الاقالة ابتداء بعد هلاك احدهما ولا تبطل به لان كل واحد
من العوضين فيه معقود عليه لكونه مبيعا من وجه فيبقى العقد ببقاء احدهما
فحاصله ان هذا الجنس ينقسم على اربعة اقسام احدها الاقالة في السلم
والثاني الاقالة في بيع المقايضة والثالث الاقالة في بيع العين
بالثمن وقد ذكرنا حكم الثلاثة والرابع الاقالة في الصرف وحكمه انهما اذا
تقايلا فيه بعد هلاك احد البدلين او كليهما او هلك البدلان او احدهما
بعد الاقالة قبل الترادّ صحت الاقالة لان المعقود عليه في الصرف
ما وجب لكل واحد منهما في ذمة الاخر وذلك غير متعين فلا يتصور هلاكه
والمقبوض غيره فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة وهذا لان الفسخ يرد على ما
ورد عليه العقد فلا يرد على المقبوض ولهذا لو كان المقبوض قائما كان
لهما ان يترادّا غيره بعد التقايل **قال** رحمه الله والقول لمدعي
الرداءة والتاجيل لا لنافي الوصف والاجل يعني اذا اختلفا في اشتراط
الوصف في السلم فيه بان قال احدهما شرطنا رديا وقال الاخر لم نشترط
شيئا او قال احدهما شرطنا الاجل وقال الاخر لم نشترط شيئا كان القول قول
من يدعي اشتراط الوصف والاجل لانه يدعي الصحة اذ السلم لا يجوز الا مؤجلا
موصوفا فكان الظاهر شاهدا له لان الفاسد حرام والظاهر من حال
المسلم ان يجتنب الحرام ويباشر المباح فهذا الاصل في جنس هذه المسائل انهما
اذا اختلفا في الصحة فان خرج كلام احدهما مخرج التعنت كان باطلا والقول
قول من يدعي الصحة وان خرج مخرج الخصومة فكذلك عند ابي حنيفة انه

اتفقا على عقد واحد وعندهما القول للمنكر ثم تفاصيل المسئلة ان يقول
لو اسلم دراهم الى رجل في كر حنطة فقال المسلم اليه شرطنا رديا وقال
رب السلم لم نشترط شيئا كان القول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت
في انكاره الصحة اذ الظاهر ان المسلم فيه مع رداءته يزيد على راس المال
وكلام المتعنت مردود وفي عكسه بان ادعى رب السلم شرط الرداءة وانكر المسلم
اليه الشرط اصلا كان القول لرب السلم عند ابي حنيفة لانه يدعي الصحة
وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال
رب السلم كان له اجل كان القول لرب السلم عندهم لان المسلم اليه متعنت
في انكاره ما ينفعه وهو الاجل وهو حق له فكان باطلا فان قيل المسلم اليه
ليس بمتعنت لانه يدعي فساد العقد وفيه نفعه لانه لا يلزمه المسلم فيه
بسبب فساد العقد بل يجب عليه رد راس المال وهو اقل من المسلم فيه عادة
فوجب ان يكون القول له لما ذكر قلنا الفساد بسبب عدم الاجل مختلف
فيه بين العلماء فلم يتيقن بالفساد فلا يعتبر النفع في سقوط ما فيه عنه بخلاف
عدم الوصف عندهما لان الفساد فيه قطعي فيعتبر انكار المسلم اليه لانه
ليس بمتعنت لان فيه نفعه لسقوط المسلم فيه عنه ورد راس المال بخلاف انكار
رب السلم فيه لانه متعنت حيث ينكر وجوب حقه وهو المسلم فيه لانه يزيد
على راس المال عادة وان جعل القول لرب السلم يرجع في مقدار الاجل اليه
ايضا وفي عكسه بان ادعى المسلم اليه الاجل وانكره رب السلم فالقول
للمسلم اليه عند ابي حنيفة وعندهما القول لرب السلم لانه ينكر حقا عليه
وهو الاجل فكان القول له وان انكر الصحة كرب المال يقول للمضارب
شرطت لك نصف الربح الا عشرة دراهم وقال المضارب شرطت لي نصف
الربح ولم يزد كان القول لرب المال وان كان فيه فساد العقد لانه منكر
لاستحقاق الربح عليه ولابي حنيفة انهما اتفقا على عقد السلم والاتفاق منهما
على العقد اتفاق على شرائطه لان شرط الشيء يتبع له وثبوته ثبوت للاصل
فانكاره الاجل بعد ذلك رجوع منه عما اقر به فلا يقبل كالمتبايعين
اذا ادعى احدهما النكاح بغير شهود والاخر بشهود كان القول لمن يدعي
النكاح بشهود بخلاف ما ذكرا لانهما لم يتفقا على عقد واحد لان المضاربة
اذا صحت تكون شركة في الربح واذا فسدت تكون اجارة ولئن سلمنا
انهما اتفقا على عقد واحد لان المضاربة فالمضاربة غير لازمة لان كل
واحد منهما يتمكن من فسخه بعد العقد فيرتفع باختلافهما فاذا ارتفع
بالانكار بقي مجرد دعوى المضارب في مال رب المال فكان القول للمنكر

وهو

وهو رب المال وبخلاف ما اذا قال الزوج لامراته تزوجتك وانت صغيرة وقالت
بل تزوجتني وانا بالغة فالقول له وان كان فيه فساد العقد لانه لم
يقر بالعقد بل انكره حيث اسنده الى حالة منافية للصحة لعدم الاهلية
قال رحمه الله ويصح السلم والاستصناع في نحو خف وطست وقمقمة اما السلم
فلانه يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره فوجب القول بجوازه اذا اجتمعت فيه
شرائطه على ما بينا من قبل واما الاستصناع فللاجماع الثابت بالتعامل من
لدن النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وهو من اقوى الحجج وقد استصنع
رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما ومنبرا وقال عليه السلام ما رآه المؤمنون
حسنا فهو عند الله حسن وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لانه بيع المعدوم
وهو منهي عنه ولكن ترك العمل به بما ذكرنا والقياس يترك بمثله كدخول الحمام
والاحتجام باجر وطلب شربة ماء من السقاء بفلس كل ذلك جائز للتعامل وان
كان القياس يأباه للجهالة لانه لا يعرف كم قدر ما يقعد في الحمام وكم قدر ما
يستعمل ويشرب من الماء وكم قدر ما يخرج من الدم اذ لا يعتبر القياس بمقابلة
الاجماع او النص وقد قال عليه السلام لا تجتمع امتي على الضلالة ولا يشكل
هذا على قول ابي حنيفة في المزارعة فان التعامل فيه موجود [illegible] ومع هذا
لم يأخذ به واخذ بالقياس لان الخلاف فيها كان موجودا في الصدر الاول
ولم يجر التعامل فيها من غير نكير بخلاف ما نحن فيه انما يجوز اذا جرى فيه تعامل
وما لا تعامل فيه لا يجوز الاستصناع فيه ويكون سلما اذا اجتمعت فيه شرائطه
ثم في الصحيح ان الاستصناع يجوز بيعا وقال الحاكم الشهيد انه وعد وليس ببيع
وانما ينعقد بيعا اذا اتى به مفروغا بالتعاطي ولهذا يثبت فيه الخيار لكل واحد
منهما وجه قول الجمهور ان محمدا سماه شراء وذكر فيه القياس والاستحسان وفصل
بين ما فيه تعامل وما لا تعامل فيه واثبت فيه خيار الرؤية ولو قبض الثمن ملكه
والمواعدة تجوز قياسا واستحسانا فيما فيه تعامل وما لا تعامل فيه ولا يثبت فيه
خيار الرؤية ولا يملك فيه البدل في الحال فبطل ما قال والمعدوم قد يعتبر موجودا
حكما للحاجة كطهارة المستحاضة وعكسه الماء المستحق بالعطش وقد تحققت
الحاجة هنا اذ كل احد لا يجد خفا مصنوعا يوافق رجله ولا خاتما يوافق اصبعه
وقد يجوز بيع المعدوم للحاجة امثاله بيع المنافع والمعقود عليه هو العين
دون العمل عند الجمهور وقال ابو سعيد البردعي المعقود عليه هو العمل لان
الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل فتسميته العقد به دليل على انه
هو المعقود عليه والاديم فيه بمنزلة الالة للعمل ولهذا يبطل بموت احدهما
والاول اصح ولهذا لا يشترط ان يعمله بعد العقد حتى لو جاء به لا من صنعته

او من صنعته قبل العقد واخذه جاز وكذا لو عمل نعلا وباعه الصانع قبل
ان يراه المستصنع جاز ولو كان المعقود عليه العمل لما جاز هذا كله وكذا محمد
قال اذا جاء به مفروغا فللمستصنع الخيار لانه اشترى ما لم يره سماه شراء واثبت
فيه خيار الرؤية وهو لا يثبت الا في العين وانما يبطل بموت احدهما لان الاستصناع
شبيها بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع فلشبهه بالاجارة قلنا يبطل
بموت احدهما ولشبهه بالبيع وهو المعقود اجرينا فيه ما ذكرنا من احكام البيع
وقيل ينعقد اجارة ابتداء وبيعا انتهاء قبيل التسليم لا اذا بيع لا يبطل
بموت احدهما بل يستوفى من تركته والاجارة لا يثبت فيها ما ذكرنا من احكام
البيع فجمعنا بينهما على التعاقب لتعذر جمعهما في حالة واحدة كما قلنا في الهبة
بشرط العوض هبة ابتداء بيع انتهاء والمعتبر فيه ان المستصنع طلب منه العين
دون الدين فاعتبرناهما جميعا توفيرا على الامرين حظهما فان قيل اذا اعتبرتم فيه
معنى الاجارة ومعنى البيع وجب ان يجبر كل واحد منهما على المضي ولا يجبر قلنا
الاجارة تنفسخ بالاعذار وهذا عذر لان الصانع يلزمه الضرر بقطع الصرم
فباعتباره كان للصانع فسخه وكذا البيع يثبت منه خيار الرؤية فباعتباره
يكون للمستصنع الفسخ لانه اشترى ما لم يره على قول من قال بالتخيير وبان الجواز
للضرورة فيظهر في حقه ولا ضرورة في حق اللزوم فلا يظهر في حقه ايضا
قال رحمه الله وله الخيار اذا راه اي للمستصنع الخيار اذا رأى المصنوع
لانه اشترى ما لم يره بخلاف السلم لانه لا فائدة في اثبات الخيار فيه لانه كلما رده
عليه اعطاه غيره لكونه غير متعين اذ السلم فيه دين في الذمة فيبقى فيها حتى
يقبضه وهنا يفيد الفسخ لانه يتعين بالاحضار ولا خيار للصانع لانه باع
ما لم يره وعن ابي حنيفة ان له الخيار ايضا لانه يلحقه الضرر بقطع الصرم وعن
ابي يوسف انه لا خيار لواحد منهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان في
اثبات الخيار له اضرارا بالصانع فربما لا يرغب فيه غيره والصحيح ان للمستصنع
الخيار دون الصانع لانه المشتري لما لم يره والصانع بائع قال رحمه الله
وللصانع بيعه قبل ان يراه لانه لا يتعين الا باختيار المستصنع فقبل ان يراه
كان له ان يبيعه لعدم تعينه واذا راه ورضي به ليس له ان يبيعه لانه
بالاحضار اسقط خياره ولزم من جانبه فاذا رضي به المستصنع ثبت اللزوم
في حقه ايضا قال رحمه الله وبمؤجله سلم اي اذا اجل المستصنع صار سلما
وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد اذا ضرب الاجل فيما فيه تعامل
فهو استصناع واذا ضرب فيما لا تعامل فيه فهو سلم ولان الاستصناع فيما لا
تعامل كالخف ونحوه فيحتمل الوجهين لكن لفظ الاستصناع حقيقة فيه فكان

محافظة

محافظة فضبطها اولى ويحمل الاجل على الاستعجال لانه محتمل يحتمل ان يكون ذكره
للتعجيل ويحتمل ان يكون للاستمهال ولفظ الاستصناع محكم فيه فيحمل المحتمل
عليه ولان الاستصناع عقد جائز غير لازم فبذكر الاجل لا يكون لازما كعقد
الشركة والمضاربة ولان الاجل للترفيه وتاخير المطالبة فلا يخرج به
العقد من جنس الى جنس اخر ولو كان الاستصناع بذكر الاجل يصير سلما لكان
السلم بدون الاجل استصناعا ولانه لو كان بذكر الاجل يصير سلما لكان
فاسدا لانه شرط فيه عمل رجل واحد وانه مفسد للسلم كاشتراط طعام قرية
بعينها ونحوه بخلاف ما لا تعامل فيه لانه لو لم يحمل على السلم لفسد الا ترى انه
يفسد اذا لم يضرب له اجل فحملناه عليه مما امكن لما ذكرنا ولابي حنيفة انه
يحتمل السلم فكان حمله عليه اولى وهذا لان جوازهما على خلاف القياس للحاجة
لكن جواز السلم ثبت بالكتاب والسنة المشهورة واجماع الامة فيما فيه تعامل
وما لا تعامل فيه وجواز الاستصناع ثبت بتعامل الناس والسنة القريبة في
بعض الاشياء فكان حمله على السلم اولى فيما احتمله لكونه اقرب الى الجواز ولهذا
حمل عليه فيما لا تعامل فيه اذا ضرب له اجل لكونه اقرب بحكم السلم وصرح به فكان
هو المقصود والترجيح بالمقصود اولى من الترجيح باعتبار اللفظ الا ترى
ان الحوالة بشرط ان يبرا الاصيل كفالة والكفالة بشرط براءة الاصيل
حوالة وكذا لو باع المنافع كان اجارة ولان ضرب الاجل لتاخير المطالبة
وذلك بالاجل واللزوم في السلم دون الاستصناع وذكر الصنعة لبيان
الوصف فيه لا للتعيين ولهذا لو جاء به من عمل غيره جاز ويجبر على
القبول فيما لا تعامل فيه ولا يلزم من كونه سلما بذكر الاجل ان يكون السلم
استصناعا بحذفه الا ترى ان النكاح بذكر الاجل يكون متعة ولا تكون المتعة
بحذف الاجل نكاحا ثم المراد بالاجل ما يصلح ان يكون اجلا في السلم وقد بينا
قدره من قبل وان لم يصلح فهو استصناع اجري فيه التعامل والا ففاسد وهذا
اذا ذكر الاجل على سبيل الاستمهال وان ذكر على سبيل الاستعجال بان قال
على ان تفرغ عنه غدا او بعد غد يكون استصناعا لانه للفراغ لا للتاخير
المطالبة وقيل ان ذكر ادنى مدة تتمكن فيها من العمل فهو استصناع وان كان
اكثر من ذلك فهو سلم ويختلف ذلك باختلاف العمل فلا يمكن تقديره بشيء
وعن الهندواني ان ذكر الاجل ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال
فلا يصير سلما وان كان من قبل الصانع فهو للاستمهال فيكون سلما ثم فائدة
كونه سلما ان يشترط فيه شرائط السلم من قبض راس المال قبل الافتراق وعدم
خيار الفسخ لما الى غير ذلك من احكامه على ما بينا والله تعالى اعلم

فصل في المتفرقات

قال رحمه الله صح بيع الكلب وعن أبي يوسف أنه لا يصح بيع الكلب العقور لأنه لا ينتفع به فصار كالهوام المؤذية وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب أصلا لنهيه عليه السلام عن بيع الكلب وقال عليه السلام إن من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولأنه نجس العين فصار كالخنزير ولنا ما روي عن ابن عباس أنه عليه السلام نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية وعن ابن عمر أنه عليه السلام قضى في كلب بأربعين درهما ولأنه مال متقوم آلة الاصطياد فيصح بيعه كالبازي ألا ترى أن الشرع أباح الانتفاع به حراسة واصطيادا فكذا بيعا ولأنه يجوز تمليكه بغير عوض كالهبة والوصية فكذا بالعوض بخلاف الخنزير لأنه نجس العين ألا ترى أنه لا يجوز الانتفاع به شرعا والكلب ليس بنجس العين وبخلاف الهوام المؤذية لأنها لا ينتفع بها وما رواه الشافعي محمول على ابتداء الإسلام حين كان عليه السلام يأمر بقتل الكلاب لأنه عن إبراهيم أنه قال روي أنه عليه السلام رخص في ثمن كلب الصيد ولفظ الرخصة تدل على الانتساخ ولا فرق في ذلك بين جميع أنواع الكلاب المعلم وغير المعلم وشرط شمس الأئمة لجواز بيع الكلب أن يكون معلما أو قابلا للتعليم قال رحمه الله والفهد والسباع والطيور لأنها حيوان يجوز الانتفاع بها شرعا وتقبل للتعليم فجاز بيعها والحرف أن كل ما ينتفع به شرعا في الحال أو في المآل وله قيمة كالجحش والطفل جاز بيعه وإلا فلا ولهذا لا يجوز بيع حبة قمح ونقطة ماء وكف من تراب لأنها لا ينتفع بها إذ لا قيمة لها والفيل يجوز بيعه لأنه ينتفع به حملا وركوبا وفي بيع القرد روايتان عن أبي حنيفة في رواية الحسن عنه أنه يجوز لأنه يمكن الانتفاع بجلده وفي رواية أبي يوسف عنه أنه لا يجوز لأنه للتلهي وهو محظور والصحيح الأول والدب يجوز بيعه لأنه ينتفع به وكل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطيور يجوز بيعه لما ذكرنا إلا الخنزير فإنه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به فكذا لا يجوز بيعه قال رحمه الله والذمي كالمسلم في بيع غير الخمر والخنزير لقوله عليه السلام فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين ولأنهم مكلفون محتاجون إلى ما تبقى به أنفسهم ليتحملوا أعباء التكليف كالمسلمين فيشرع في حقهم الأسباب ليتمكنوا من تحملها بمباشرة الأسباب لتحصيل ما تبقى به الأنفس حتى لا يبقى عذر في تضييع حقوق الله فكل ما جاز للمسلمين من البياعات من الصرف والسلم وغيرهما من أنواع التصرفات جاز لهم وما لا يجوز من الربا وغيره لا يجوز لهم إلا في الخمر والخنزير فإن عقدهم فيها كعقد المسلم على العصير والشاة فيجوز فيهما ما جاز فيهما منه من السلم وغيره ولا يجوز

ثما

ثم لا يجوز لأنهما أموال نفيسة عندهم في الحقيقة بنظيرهما من أموالنا وهذا لأنا أمرنا أن نتركهم وما يعتقدون ولما بذلوا الجزية إلا بذلك ولهذا قال عمر ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها والصحابة متوافرون ولم يعرف لهم مخالف فصار إجماعا قال رحمه الله ولو قال بع عبدك من زيد بألف على أني ضامن لك مائة سوى الألف صح بالألف وبطل الضمان وإن زاد من الثمن فالألف على زيد والمائة على الضامن يعني من زاد هذه الكلمة بأن قال بع عبدك من زيد على أني ضامن لك مائة من الثمن سوى الألف فإنه يصح ويكون الألف على المشتري والمائة على الضامن وقال زفر والشافعي لا تصح الزيادة ولا يلزمه وهذا مبني على شيئين أحدهما أن الزيادة تصح وتلتحق بأصل العقد عندنا وعندهما لا تصح وقد بينا وجه المذهبين من قبل والثاني أن أصل الثمن لم يشرع بغير ما يقابله حتى لا يصح اشتراطه على غير المشتري إذ لا يفيد بإزائه ما لا يقابله وفضل الثمن يستغني عن مال يقابله حقيقة ألا ترى أن الزيادة تجوز من المشتري وإن لم يسلم له عما يقابلها شيء فكذا تجوز من الأجنبي كما يجوز اشتراط على المرأة إذ لا يسلم لها شيء مقابلة البدل لأن البضع لا يتقوم حالة الخروج فاستويا فيه فكذا هنا لكن من شرط صحة الزيادة أن توجد المقابلة تسمية وصورة حتى يجب بحسب وجوب الثمن بواسطة المقابلة حقيقة ألا ترى أنه لو باع شيئا بأضعاف قيمته يجوز وإن لم يقابل ما زاد على قيمته مال حقيقة وإنما يقابله صورة وتسمية فإذا كان من شرطها المقابلة صورة فإن قال من الثمن فقد وجد شرطها فيصح وإن لم يقل لم يوجد فلا يصح لأنه يكون التزاما للمال ابتداء وهو رشوة لأنه سبيه وهي حرام فلا يصح فصار الأصل أن كل ما يحصل فيه للأصيل بمقابلته شيء من البدل لا يجوز اشتراط البدل على الأجنبي وإن لم يحصل يجوز لاستوائهما في عدم الحصول فإذا جازت الزيادة من الأجنبي يرجع بها على المشتري ولا تظهر في حق البائع وفي حق الشفيع الزائدة حتى إذا أخذ البائع الألف من المشتري له أن يحبس المبيع لأجل المائة ويرجع على الألف لأنه قام عليه به ويأخذ الشفيع بالألف لأن الزيادة لم تثبت في حقه وإن كان نقض المشتري لعدم ولايته عليه ولو تقايلا البيع فلا جبر أن يسترد الزيادة لأنها من الثمن وفي قياس رأي أبي يوسف لا يسترد لأن الإقالة عنده بيع جديد وكذا لو رده بعيب بغير قضاء وإن كان بقضاء يسترد لكونه فسخا بالإجماع ولو ضمن الزيادة بأمر المشتري ظهرت في حق الكل حتى يرجع الضامن بها على المشتري ويرجع عليهما وعلى الألف ولا يطالب المشتري بالزيادة وإن كان بأمره لأنه لما نفذت من جهته صار هو وكيلا فيها فترجع إليه الحقوق لأنه

لم يلتزمها وأما التزمها الأجنبي فيطالب بها هو وحده وهذا كالوكيل بالشرا
يطالب هو فقط ثم يرجع به على الموكل فكذا هذا أو لو رده بعيب أو تقايلا
ترد الزيادة على الضامن فقط لأنه أخذها منه دون المشتري وذكر في
الكافي إذا للشفيع يأخذها بألف ومائة فجعلها ظاهرة في حقه أيضا وأيضا
هذا مشكل فإن الزيادة إذا كانت من المشتري نفسه لم تظهر في حق الشفيع
حتى كان له أخذها بأصل الثمن من غير زيادة فكيف تجب عليه الزيادة بزيادة
الأجنبي والمشتري لم يلتزمها على ما بينا لأنا نقول هذه زيادة ذكرت في العقد
فصارت من جملة الثمن بخلاف الزيادة بعد العقد ولو لم يقل سوى الألف
بأن قال بعه بألف على أني ضامن لك مائة من الثمن يصير كفيلا بمائة من الثمن
الذي هو الألف ولا تثبت الزيادة لأنه يتعذر جعله زيادة على الألف حيث لم
يقل سوى الألف ويمكن أن يجعل من الثمن الواجب على المشتري فجعل منه ثم إذا
أدى رجع عليه إن كان بأمره وإلا فلا وقد عرف في موضعه فصار في الحاصل
للمسألة ثلاث صور أحدها أن يقول بعها بألف على أني ضامن لك مائة سوى
الألف من الثمن والثانية أن يقول قوله سوى الألف والثالث أن يترك قوله
من الثمن وقد ذكرنا الثلاثة وحكمها فافهمه وهذا الكلام فيما إذا كانت الزيادة
في العقد وأما إذا زاد الأجنبي بعد العقد فإنه لا يجوز إلا بإجازة المشتري
أو يعطي الزيادة من عنده أو يضمنها أو يضيفها إلى نفسه وإن زاده من المشتري
جاز ولا يلزمه شيء من المال لا الزم للمشتري لأنه سفير فيه ومعبر فلا يلزمه
إلا بالضمان وهو نظير الخلع والصلح وإنما صار سفيرا لأنه يخلو عن إضافته
إلى المشتري بأن يقول زدتك على ثمن العين التي اشتراها منك فلان لم يكن
إضافته إليه كالخلع فلا يكون مباشرا وإن كان بأمره بل رسولا قال
رحمه الله ووطء زوج المشتراة قبض لا عقده يعني لو اشترى أمة وزوجها
المشتري قبل القبض صح النكاح لوجود الملك في الرقبة على الكمال بخلاف
البيع لأنه يبطل بالغرر ويشترط فيه القدرة على التسليم بخلاف النكاح
ألا ترى أن تزويج الآبق يجوز دون بيعه ثم إذا جاز النكاح ووطئها كان
قبضا لها لأن الوطء من الزوج حصل بتسليط المشتري فصار منسوبا إليه
كأنه فعله بنفسه وإن لم يطأها لا يكون قبضا استحسانا والقياس
أن يكون نفس التزويج قبضا تغليبا حكميا ألا ترى أنه لو وجد المشتراة مزوجة
يردها بالعيب فصار كالتدبير والإعتاق وكالوطء وجه الاستحسان
أنه لم يتصل بها من المشتري فعل يوجب نقصا في الذات وإنما هو عيب
من طريق الحكم على معنى أن رغبات الناس تقل فيها فينتقص الثمن لأجله

فصار

فصار كنقصان السعر بخلاف الوطء لأنه فعل حسي اتصل بها وأوجب
نقصانا في ذاتها لأن منافع البضع ملحق بالجزء ولهذا تضمن بالإتلاف
فصار كما لو أتلف عضوا منها بالقبض إلا أنه لو أقر المشتري بدين على العبد
المشتري قبل القبض لا يكون قبضا وإن تعيب من جهته يوجب الدين عليه
كما هو مثله بخلاف التدبير والإعتاق لأن المالية قد تلفت بثبوت
حقيقة الحرية أو حقه ومن ضرورته يصير قابضا قال رحمه الله
ومن اشترى عبدا فغاب فبرهن البائع على بيعه وغيبته معروفة لم
يبع بدون البائع والإبيع بدينه أي إذا اشترى شخص عبدا فغاب
المشتري قبل القبض فأقام البائع البينة أن هذا العبد كان له
وباعه من فلان وغاب قبل أن ينقد الثمن وطلب من القاضي أن يبيعه
بدينه فإن غاب المشتري غيبة معروفة لم يبعه القاضي بدينه لأنه يتوصل
إلى حقه بدون بيعه بالذهاب إليه فلا حاجة إلى بيعه لأن فيه إبطال
حق المشتري في العين وإن لم يدر أين هو أجابه القاضي في المنقول أن
أقام بينة لأن البينة هنا ليست للقضاء على غائب وإنما هي لنفي التهمة
وانكشاف الحال لأن القاضي نصب ناظرا لكل من عجز عن النظر ونظرهما
في بيعه لأن البائع يصل به إلى حقه ويبرأ من ضمانه والمشتري أيضا تبرأ ذمته
من دينه ومن تراكم نفقته فإذا انكشف الحال عمل القاضي بموجب إقراره فلا
يحتاج فيه إلى خصم حاضر وإنما يحتاج إليه إذا كانت البينة للقضاء وهذا
لأن العبد في يده وقد أقر به للغائب على وجه يكون مشغولا بحقه فيظهر
الملك للغائب على الوجه الذي أقر به ولا يقدر البائع أن يصل إلى حقه
فيبيعه القاضي إحياء لحقه كالراهن إذا مات والمشتري إذا مات مفلسا
قبل القبض بخلاف ما إذا غاب المشتري بعد القبض حيث لا يبيعه الحاكم
لأن حقه غير متعلق به ولا يقال هذا بيع قبل القبض وهو غير جائز فكيف
يباع لأنا نقول من مشايخنا من قال إن القاضي يوكل من يقبضه ثم يبيعه
وفيه نظر لما فيه من إبطال يد البائع قبل إيفاء الثمن والأوجه أن يقال
إن البيع هنا ليس بمقصود وإنما المقصود إحياء حقه وفي ضمنه يصح بيعه
لأن الشيء قد يصح ضمنا وإن لم يصح قصدا ثم إذا بيع وأوفى ثمنه فإن
فضل شيء من دينه يمسك للمشتري الغائب لأنه بدل ملكه وإن لم يف بالدين
ويبقى شيء منه يتبعه البائع إذا ظفر به قال رحمه الله ولو غاب أحد
المشتريين فللحاضر دفع كل الثمن وقبضه وحبسه حتى ينقد شريكه يعني
إذا اشترى رجلان شيئا فغاب أحدهما قبل القبض يكون للحاضر دفع كل

الثمن وقبضه كله ثم ان احضر شريكه فله ان يحبسه حتى ينقد وهذا قول ابي
حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا نقد الحاضر الثمن لا يوخذ الا حصته بطريق
النيابة وكان متبرعا فيما اذا ادى عن صاحبه فصار الخلاف في مواضع احدها
في قبض جميع المبيع على تقدير ايفاء الثمن كله والثاني في حبس نصيب
الغائب عنه اذا حضر والثالث في الرجوع عليه بما ادى والرابع في اجبار
على قبول ما اداه الحاضر من نصيب الغائب عندهما يجبر وعنده لا يجبر والخامس
في اجبار البائع على تسليم نصيب الغائب من المبيع الى الحاضر عند ايفاء الثمن
كله فعندهما يجبر وعنده لا يجبر لابي يوسف ان الحاضر قضى دينا على الغائب
بغير امره فكان متبرعا فيه ولا جبر ولا رجوع في التبرعات وهو اجنبي عن نصيبه
فلا يقبضه ولهذا لو كان حاضرا يكون متبرعا بالاجماع ولو كان مضطرا لما
اختلف بين حضرته وغيبته كالوكيل بالشراء ومعير الرهن وصاحب العلو
في قضاء الدين وبناء السفل ولهما ان الحاضر مضطر الى اداء كل الثمن لان
للبائع حق حبس كل المبيع الى ان يستوفي كل الثمن فلا يكون متبرعا مع الاضطرار
الى اداء نصيب شريكه ليتصل الى الانتفاع بنصيبه فصار كمعير الرهن وصاحب
العلو والوكيل بالشراء اذا ادى الثمن من ماله وانما اختلف بين حضرته
وغيبته لانه كالوكيل عن صاحبه من وجه من حيث ان ملك الغائب ثبت بقبول
الحاضر لان من باع شيئا من شخصين لا يثبت الملك لكل واحد منهما الا بقبول
الاخر وليس بوكيل من وجه من حيث ان كل واحد منهما لا يطالب بما يخص
صاحبه من الثمن فاشبه الاجنبي والاصل ان الشيء متى تردد بين شيئين
توفر عليه حظهما فلشبهه بالاجنبي يكون متبرعا عند حضرته ولشبهه بالوكيل
يكون مضطرا في حالة غيبته لا يمكنه يجعل مضطرا فيرجع بالثمن ويحبس
المبيع به كالوكيل بخلاف ما استشهد به من الوكيل وغيره لانه مضطر محض
وليس بمتردد بين شيئين فلم يختلف حكمه قال رحمه الله ومن باع امة
بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء
فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية فيصير كانه قال
بعتك بخمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة بخلاف ما اذا اشترى
جارية بالف من الذهب والفضة حيث يجوز من الذهب مثاقيل ومن الفضة
دراهم لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود من كل واحد منهما وعلى هذا
لو قال لفلان علي كر حنطة وشعير وسمسم يجب عليه من كل جنس ثلث
الكر وهذا قاعدة في المعاملات كلها كالمهر والوصية والوديعة والغصب
والاجارة وبدل الخلع وغيرها من الموزون والمكيل والمعدود والمذروع

قال

قال رحمه الله وان قضى زيفا عن جيد وتلف فهو قضاء يعني اذا كان له
على اخر دراهم جياد فقبض زيوفا وهو لا يعلم فهلكت او انفقها ثم علم بالعيب
فهو قضاء فلا يكون له غير ذلك وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
يرد مثل زيوفه ويرجع بالجياد لان حق صاحب الدين مرعي من حيث الوصف
كما يراعى حقه من حيث القدر الا انه يتعذر عليه الرجوع بمجرد الجودة لانها
وصف لا قيمة لها بانفرادها ولا قيمة لها اذا قوبلت بجنسها فتعين رد مثل
المقبوض للرجوع بالجياد ولنا ان المقبوض من جنس حقه حتى لو تجوز به في
الصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز لكونه استبدالا وهو حرام
في الصرف والسلم فاذا كان من جنس حقه استوفى فلم يبق له حق الجودة ولا
قيمة لها عند المقابلة بالجنس ولا يمكن تداركها بايجاب الضمان عليه لان
القضاء عليه بالضمان حقا له ممتنع ولان الجودة تبع فلا ينتقض القبض
في الاصل لاجله كي لا ينعكس فيكون الاصل تبعا والتبع اصلا بخلاف
الراهن اذا اتلف الرهن او المولى اذا اتلف ملك عبده الماذون المديون
حيث يجب عليهما الضمان وان كان المضمون ملكا لهما لان الضمان هناك لاجل
حق الغير وهو المرتهن والغرماء فلم يكن الايجاب عليه لحقه قال رحمه
الله وان افرخ طير او باض او تكسر ظبي في ارض رجل فهو لمن اخذه لانه مباح
سبقت يده اليه فكان اولى به لقوله عليه السلام الصيد لمن اخذه
صيدا وهذا يجب على المحرم الجزاء بكسره وشيه قال الله تعالى ليبلونكم الله
بشيء من الصيد تناله ايديكم ورماحكم اي البيض والفرخ وهذا لان
الحكم لا يضاف الى السبب الصالح الا بالقصد الا ترى ان من نصب شبكة
للجفاف فتعلق بها صيد او حفر بيرا فوقع فيه صيد لا يملكه ولا يجب
عليه الجزاء ان كان محرما وان قصد به الاصطياد ملكه ووجب عليه الجزاء
ان كان محرما وعلى هذا التفصيل لو دخل صيد داره او وقع ما نثر من
الدراهم في ثيابه بخلاف ما لو عسل النحل في ارضه حيث يملكه وان لم تكن
ارضه معدة لذلك لانه من انزال الارض حتى يملكه تبعا لها كالاشجار
النابتة والتراب المجتمع فيها لجريان الماء وان لم تكن معدة ولهذا يجب
في العسل العشر اذا اخذ من ارض العشر قال رحمه الله ما يبطل بالشرط
الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط البيع والقسمة والاجارة والاجازة
والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين وعزل الوكيل والاعتكاف
والمزارعة والمعاملة والاقرار والوقف والتحكيم والاصل فيه ان كل ما
كان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط الفاسدة لما روي انه عليه السلام

نهى عن بيع وشرط وما كان مبادلة مال بغير مال او كان من التبرعات لا يبطل بالشروط الفاسدة لان الشروط الفاسدة من باب الربا وهو مختص بالمعاوضة المالية دون غيرها من المعاوضات والتبرعات لان الربا هو الفضل الخالي عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة زيادة لا يقتضيه العقد ولا يلايمه فيكون فيه فضل خال عن العوض وهو الربا بعينه ولا يتصور ذلك في المعاوضات غير المالية كالنكاح والطلاق على مال والخلع ونحو ذلك ولا في التبرعات فيبطل الشرط ويصح تصرفه فيه الا ترى انه عليه السلام اجاز العمرى وابطل الشرط واصل اخر ان التعليق بالشرط المحض يجوز في التمليكات لانه من باب القمار وانه منهي عنه وما هو من باب الاسقاط المحض الذي يحلف به يجوز تعليقه مطلقا وذلك مثل الطلاق والعتاق وما هو من باب الاطلاقات والولايات يجوز تعليقه بالشرط الملايم وكذا التحريضات قال عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه وامر رسول الله صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة في غزوة فقال ان قتل زيد فجعفر وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة رواه البخاري فاذا عرفنا هذا احتجنا الى ما ذكره في الكتاب فنقول البيع معاوضة مال بمال فيفسد بالشروط الفاسدة لما رويناه ولا يجوز تعليقه بالشرط مطلقا ان كان الشرط بكلمة ان بان قال بعت منك ان كان كذا ويبطل البيع به سواء كان الشرط نافعا او ضارا الا صورة واحدة وهو ان يقول بعت منك هذا ان رضي فلان به فانه يجوز اذا وقته بثلثة ايام لانه اشتراط الخيار للاجنبي وهو جائز على ما بيناه من قبل وان كان الشرط بكلمة على فان كان الشرط مما يقتضيه العقد او يلايمه او فيه اثر او جرى التعامل به كما اذا اشترط تسليم المبيع او الثمن او التاجيل او الخيار لا يفسد البيع ويجوز الشرط وكذا لو اشترى النعل على ان يحذوها البايع وان كان الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلايمه ولا العادة جرت به فان كان في الشرط منفعة لاهل الاستحقاق فسد البيع والا فلا وقد بيناه من قبل والقسمة والاجارة كذلك اما الاجارة فظاهر لان فيها تمليك المنفعة بالاجر والقسمة فيها معنى المبادلة فصار كالبيع والرجعة استدامة الملك فيكون معتبرا بابتدايه فلا يجوز تعليقه بالشرط كما لا يجوز تعليق ابتداء الملك به والصلح عن مال على مال معاوضة مال بمال على ما نذكره في الصلح ان شاء الله تعالى فيكون بيعا والابراء عن الدين تمليك من وجه حتى يرتد بالرد وان كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتمليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط وعزل الوكيل والاعتكاف ليسا مما يحلف به فلا يجوز تعليقهما بالشرط وهذا لان الاقرار اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان

كذبا

كذبا لا يكون صدقا بوجود الشرط ولا بالعكس وانما التعليق في الايجابات ليتبين انه ليس بايقاع قبل وجود الشرط بخلاف ما اذا علق الاقرار بموته او بمجي الوقت فانه يجوز ويحمل على انه فعل ذلك للاحتراز عن الجحود او دعوى الاجل فيلزمه للحال على ما نبينه في موضعه ان شاء الله تعالى والتحكيم لا يصح معلقا بخطر ولا مضافا الى زمان بان قال المحكمان اذا اهل الشهر او قالا لعبد او كافر اذا اعتقت او اسلمت فاحكم بيننا وهذا عند ابي يوسف وقال محمد يجوز تعليقه بشرط واضافته الى الزمان لانه ليس فيه الا التفويض في توليته فصار كالوكالة والامارة والقضا ولابي يوسف ان التحكيم تولية صورة وصلح معنى اذ لا ينصاران لهما الا بتراضيهما لقطع الخصومة بينهما فباعتبار انه صلح لا يصح تعليقه ولا اضافته وباعتبار انه تولية فلا يصح بالشك والاحتمال

قال رحمه الله وما لا يبطل بالشرط الفاسد القرض والهبة والصدقة والنكاح والطلاق والخلع والعتق والرهن والايصا والوصية والشركة والمضاربة والقضا والامارة والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة والكتابة واذن العبد في التجارة ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجراحة وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب او بخيار الرؤية وعزل القاضي هذه كلها لا تبطل بالشروط الفاسدة لما ذكرنا ان الشروط الفاسدة من باب الربا وانه يختص بالمبادلة المالية وهذه العقود ليست بمعاوضة مالية فلا يؤثر فيها الشروط الفاسدة الا ترى انه عليه السلام اجاز العمرى وابطل شرط العمرى وكذا ابطل شرط الولا لغير المعتق بقوله عليه السلام



لعائشة اشتريها فاعتقيها فانما الولا لمن اعتق قاله لها حين اراد مواليها بريرة ان يكون الولا لهم بعد ما اعتقتها لكن الكتابة انما لا تفسد بالشرط الفاسد اذا كان الشرط غير داخل في صلب العقد بان كاتبه على ان لا يخرج من البلد او على ان لا يعامل فلانا او على ان يعمل في نوع من التجارة فان الكتابة على هذا الشرط تصح ويبطل الشرط فله ان يخرج من البلد ويعمل ما شا من انواع التجارة مع من شا واما اذا كان الشرط داخلا في صلب العقد بان كان في نفس البدل كالكتابة على خمر ونحوها فانها تفسد به وانما كانت كذلك لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال في حق المولى وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين وبشبهها بالبيع تفسد اذا تمكن في صلب العقد وبشبهها بالنكاح لا تبطل بالشرط الزايد ومن هذا القسم نوع من القسم الذي لا يبطل بالشروط الفاسدة الصلح عن جناية العمد والوديعة والعارية اذا ضمنها رجل واشترط فيها الكفالة والحوالة

ذكر في النهاية في اخر كتاب الهبة ثم الشيخ ذكر هنا ما يبطل بالشروط الفاسدة وما لا
يبطل بها وما لا يصح تعليقه بالشرط ولم يذكر هنا ما يجوز تعليقه بالشرط وما لا
يجوز اضافته اليه ونحن نذكر ذلك بتوفيق الله تعالى تكملة لما ذكره من الاقسام
وتتميما للفائدة في موضعه وانما تركه الشيخ هنا لانه ذكر بعضها في اخر كتاب الاجارة
فنقول اما الاول وهو ما يجوز تعليقه بالشرط فهو مختص بالاسقاطات المحضة
التي يحلف بها كالطلاق والعتاق وبالالتزامات التي يحلف بها كالحج والصلاة
والتوليات كالقضاء والامارة على ما بينا واما الثاني وهو ما يجوز اضافته
الى ما يستقبل من الزمان فاربعة عشر الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة
والمضاربة والوكالة والكفالة والايصاء والقضاء والامارة والطلاق
والعتاق والوقف لان الاجارة تتضمن تمليك المنافع ومتى لا يتصور وجودها
في الحال فتكون مضافة ضرورة وهو معنى قول اصحابنا الاجارة تنعقد
ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما يجيء بيانه في موضعه ان شاء الله تعالى
وفسخ الاجارة معتبر بالاجارة فيجوز مضافا الا ترى ان فسخ البيع وهو
الاقالة معتبر به حتى لا يجوز تعليقه بالشرط ولا اضافته الى الزمان
كالبيع والمزارعة والمعاملة اجارة الا ترى ان من يجيزهما لا يجيزهما الا بطريقها
ويراعي فيهما شرائطها والمضاربة والوكالة من باب الاطلاقات ومن جملة
الاسقاطات لان تصرف الوكيل قبل التوكيل في مال الموكل كان موقوفا حقا
لمالكه فهو بالتوكيل اسقط ذلك فيكون اسقاطا فيقبل التعليق والكفالة
من باب الالتزامات فيجوز اضافتها الى الزمان وتعليقها بالشرط الملائم
على ما بينا في الكفالة بخلاف الوكالة حيث يجوز تعليقه بالشرط المتعارف
مطلقا لما ذكرنا والايصاء بالمال اذ باقامة شخص مقام نفسه في التصرف
لا يكون الا مضافا لان حقيقتها تمليك بعد الموت او توكيل بعد الموت فيجوز
تعليقها واضافتها اما الايصاء الى الشخص فلانه توكيل وقد بينا انه يجوز
تعليقه بالشرط واما الوصية بالمال فلان لفظها ينبئ عن التمليك بعد
الموت اذ لا يتصور ان يكون للحال الايجار او القضاء والامارة تولية
وتفويض فجاز اضافته وتعليقه بالشرط واما الثالث وهو ما لا يصح اضافته
الى الزمان فتسعة البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة
والنكاح والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين لان هذه الاشياء
تمليكات فلا يجوز اضافتها الى الزمان كما لا يجوز تعليقها بالشرط لما فيه
من معنى القمار

كتاب الصرف

قال رحمه الله هو بيع بعض الاثمان ببعض كالذهب والفضة اذا

بيع

بيع احدهما بالاخر او بجنسه هذا في الشرع وفي اللغة له تفسيران احدهما
الفضل قاله الخليل ومنه سمي التطوع من العبادات صرفا لانه زيادة
على الفرائض قال عليه السلام من انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله منه صرفا
ولا عدلا اي لا نفلا ولا فرضا وسمي هذا البيع به لانه لا ينتفع بعينه
ولا يطلب منه الا الزيادة والثاني النقل والرد قال الله تعالى ثم
انصرفوا صرف الله قلوبهم وسمي به على هذا الاعتبار للحاجة الى النقل في
بدليه من يد الى يد قبل الافتراق **قال** رحمه الله فلو تجانسا شرط
التماثل والتقابض وان اختلفا جودة وصياغة والا شرط التقابض
يعني اذا بيع جنس الاثمان بجنسه كالذهب بالذهب او الفضة بالفضة يشترط
فيه التساوي والتقابض قبل الافتراق ولا يجوز التفاضل فيه وان
اختلفا في الجودة والصياغة وان لم يكونا من جنس واحد بان باع الذهب
بالفضة يشترط التقابض فيه ولا يشترط التساوي لحديث عبادة
بن الصامت انه عليه السلام قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة الى
ان قال مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف
شئتم اذا كان يدا بيد رواه مسلم واحمد وغيرهما وقال عمر الذهب بالذهب
مثلا بمثل والورق بالورق مثلا بمثل الى ان قال وان استنظرك ان تدخل بيته
فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما قبل الافتراق ولانه كيلا يكون
افتراقا عن دين بدين ولا بد من قبض الاخر لعدم الاولوية او تحقيقا للمساواة
بينهما لان النقد خير من النسيئة لانها على عرض التوى دونه ولا فرق في ذلك
بين ان يكونا مما يتعين بالتعيين كالمصوغ والتبر او لا يتعينان كالمضروب
او يتعين احدهما دون الاخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان ما يتعين بالتعيين
ففيه شبهة عدم التعيين لكونه من جنس الاثمان خلقة ثم اختلفوا في
القبض هل هو شرط صحة العقد او شرط البقاء على الصحة فقيل هو شرط الصحة
فعلى هذا ينبغي ان يشترط القبض مقرونا بالعقد الا ان حالتهما قبل الافتراق
جعلت كحالة العقد تيسيرا فاذا وجد القبض فيه جعل كانه وجد حالة
العقد فيصح وقيل هو شرط البقاء على الصحة فلا يحتاج الى هذا التقدير
والشرط ان يتقابضا قبل الافتراق بالابدان حتى لو ناما او اغمي عليهما في
المجلس ثم تقابضا قبل الافتراق صح بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض
وبما يدل عليه **قال** رحمه الله فلو باع الذهب بالفضة مجازفة صح
ان تقابضا في المجلس لان المستحق هو القبض قبل الافتراق دون التسوية
لما روينا فلا تضره المجازفة وان افترقا قبل قبضهما او قبل قبض احدهما

تبطل لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح فيه شرط الخيار ولا الأجل لأن الخيار يمنع استحقاق القبض ما دام الخيار باقيا لأن استحقاقه مبني على الملك والخيار يمنعه والأجل يفوت القبض المستحق بالعقد شرعا إلا إذا أسقط الخيار أو الأجل في المجلس فيعود صحيحا لزوال المفسد قبل تقرره ولو باع الفضة أو الذهب بجنسه مجازفة ثم علما تساويهما قبل الافتراق صح وبعده لا يصح وقال زفر يصح لأن التساوي حق الشرع وقد وجد حالة العقد قلنا التسوية شرط واجب علينا فيجب تحصيله بفعلنا أما وجوده في علم الله تعالى لا يصح شرطا للجواز لأن الأحكام تبنى على فعل العباد تحقيقا لمعنى الابتلاء **قال** رحمه الله ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه بأن باع دينارا بدراهم فاشترى بها ثوبا فسد بيع الثوب لأن في تجويزه فوات القبض المستحق بالعقد ولا يقال ينبغي أن يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر أن النقود لا تتعين في العقود والفسوخ دينا كانت أو عينا إلا أنه لو أسلم دينا على المسلم إليه جاز السلم حتى إذا أسلم إليه رب السلم قدر الدين قبل الافتراق تم السلم ولو تعين لما صح لكونه كالئا بكالئ لأنا نقول هو كذلك لا يتعين لكن المانع اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد لأن تعيين الدين ليكون اشتراطا على من عليه الدين بأن يوفيه وهو شرط مفسد كما إذا اشترى شيئا على أن يكون الثمن على غير المشتري أنه لو كان له دين على شخص فاشترى به شيئا من غير من عليه الدين لا يجوز لهذا المعنى أو نقول كل واحد من بدلي الصرف مبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه هذا إذا لم يكن متعينا بالتعيين كالمضروب وأما إذا كان مما يتعين كالمصوغ والتبر فإنه لا يجوز بالاتفاق لأنه يكون بيع المبيع قبل القبض وهو لا يجوز على ما بينا من قبل **قال** رحمه الله ولو باع أمة مع طوق قيمة كل ألف بألفين ونقد من الثمن ألفا فهو ثمن الطوق وإن اشتراها بألفين ألف نقد وألف نسيئة فالألف ثمن الطوق يعني لو باع أمة في عنقها طوق فضة وزنه ألف مثقال وقيمتها ألف بألفي مثقال ونقد منه ألفا كان المنقود ثمن الطوق وإن اشتراها بألف نسيئة وبألف حالة كان الحال ثمن الطوق وفي عبارة الشيخ تسامح فإنه قال قيمة كل ألف فقيمة كل واحد من الجارية والطوق ألف درهم ولا يعتبر في الطوق القيمة وإنما يعتبر القدر عند المقابلة بجنسه وكذا لا يحتاج فيه إلى بيان قيمة الجارية لأن قدر الطوق صار مقابلا بالطوق والباقي بالجارية قلت قيمتها أو كثرت تحريا للجواز فلا فائدة في بيان قيمتها ولا في بيان قيمة الطوق إلا إذا قدر أن الثمن خلاف جنس الطوق بأن كان فضة والثمن ذهبا أو بالعكس فحينئذ يفيد

بيان

بيان قيمتها لأن الثمن ينقسم عليهما على قدر قيمتهما وكذا المراد في قوله فالألف ثمن الطوق وإنما كان كذلك لأن حصة الطوق يجب قبضه في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منهما الإتيان بالواجب لأن دينهما وعقلهما يمنعهما من مباشرة ما لا يجوز شرعا فيصرف المتأخر إلى الجارية والمقبوض والحال إلى الطوق لإحسان الظن بالمسلم ولو كان كل الثمن مؤجلا فسد البيع في الجميع عند أبي حنيفة وقالا لا يفسد في الطوق دون الجارية لأن القبض ليس بشرط في حصتها فيتقدر الفساد بقدر المفسد على ما بينا ولأبي حنيفة أن الفساد مقارن فيتعدى إلى الجميع كما لو جمع بين حر وعبد في البيع بخلاف الفساد في المسألة الأولى فإنه طارئ فلا يتعدى إلى غيره كما إذا اشترى عبدين فهلك أحدهما قبل القبض أو استحق بعده **قال** رحمه الله وإن باع سيفا حليته خمسون بمائة ونقد خمسين فهو حصتها وإن لم يبين أو قال من ثمنهما يعني يكون المنقود حصة الحلية وإن لم يبين أنه حصتها أو قال خذ هذا من ثمنهما أما إذا لم يبين فلما ذكرنا أن أمرهما يحمل على الصلاح وأما إذا قال خذ هذا من ثمنهما فلأن التثنية قد يراد بها الواحد منهما قال الله تعالى فنسيا حوتهما والناسي أحدهما وقال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما وقال عليه السلام إذا سافرتما فأذنا وأقيما والمراد أحدهما فيحمل عليه لظاهر حالهما بالإسلام ولهذا لو قال لامرأتيه إذا حضتما حيضة أو ولدتما ولدا فأنتما طالقان فولدت أو حاضت إحداهما طلقتا لأنه يراد به أحدهما لاستحالة اجتماعهما في ولد واحد أو حيضة واحدة بخلاف ما إذا قال إن حضتما أو ولدتما فأنتما طالقان حيث يعتبر وجوده منهما للإمكان وعلى هذا لو قال خذ هذا نصفه من ثمن الحلية ونصفه من ثمن السيف لا يبطل أيضا ويجعل المقبوض من ثمن الحلية لأنه لو قال بأن الكل من ثمن السيف يكون المقبوض ثمن الحلية لأن السيف مع الحلية شيء واحد فيجعل المنقود عوضا منه ولأن مراده أن يسلم له كل الثمن ولا يسلم له إلا بهذا الطريق **قال** رحمه الله ولو افترقا بلا قبض صح في السيف دونها إن تخلص بلا ضرر وإلا بطلا يعني بطل العقد فيهما لأن حصة الصرف يجب قبضه قبل الافتراق وإذا لم يقبض حتى افترقا بطل فيه العقد لفوات شرطه وكذا في السيف إن لم يتخلص إلا بضرر لتعذر تسليمه بدون الضرر فصار كبيع جذع في سقف وإن كان يتخلص منه جاز للقدرة على التسليم فصار نظير بيع الجارية مع الطوق وذكر في النهاية معزيا إلى المبسوط فقال لو قال خذ هذه الخمسين من ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم أو قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لأن الترجيح بالاستحقاق عنده

المساواة في العقد او المنافية ولا مساواة بعد تصحيح الدافع فيكون المدفوع
من ثمن السيف خاصة والقول في ذلك قوله لانه هو المملك فيكون اعرف بجهته
قال الراجي عفو ربه ينبغي ان تكون هذه المسئلة كالمتقدمة من انه يتصرف
الى الحلية على ما بينا ومن انه على التفصيل المتقدم يعني ان كانت الحلية
تتخلص بغير ضرر صح في السيف خاصة والا فبطل في الكل لما بينا وفي المحيط
لو قال هذا من ثمن النصل خاصة ينظر ان لم يمكن التمييز الا بضرر يكون المنقود
ثمن الصرف ويصحان جميعا لانه قصد صحة البيع ولا صحة له الا بصرف المنقود
الى الصرف فحكمنا بجوازه تصحيحا للبيع وان امكن تمييزها بغير ضرر بطل الصرف
لانه صرح بفساد الصرف وقصد جواز البيع ويجوز البيع بدون جواز الصرف لانه
صرح بفساد الصرف وقصد جواز البيع ويجوز البيع بدون جواز الصرف فعلى
هذا ما ذكره في المبسوط محمول على ما اذا كانت الحلية تتخلص من غير ضرر توفيقا
بينه وبين ما ذكر في المحيط هذا اذا علم ان الفضة التي مع الثمن اكثر مما في
الطوق والحلية وان علم انها مثله او اقل منه لا يجوز للربا وان كان مجهولا
لا يجوز وقال زفر يجوز لان الاصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالي عن
العوض فما لم يعلم يكون العقد محكوما بجوازه وجه الاول ان العلم بالمساواة
عند العقد شرط لصحة البيع وهذا لانه يتصور ان يكون اقل منه او مثله
او اكثر فجهة الفساد من وجهين فترجحت من وجهين بالكثرة والحرمة قال
رحمه الله ولو باع اناء فضة وقبض بعض ثمنه وافترقا صح فيما قبض والاناء مشترك
بينهما يعني لو باع اناء فضة او ذهب لانه صرف وهو يبطل بالافتراق قبل
القبض فيتقدر الفساد بقدر ما لم يقبض ولا يشيع لانه طارئ ولا يكون
هذا تفريق الصفقة ايضا لان التفريق من جهة الشرع باشتراط القبض
لا من العاقد ولا يثبت للمشتري خيار العيب ايضا بالشركة لان الشركة
حصلت من جهته وهو عدم النقد قبل الافتراق بخلاف ما اذا هلك احد
العبدين قبل القبض حيث يثبت الخيار في اخذ الباقي لانه لم يوجد منه الصنع
وبخلاف ما اذا استحق بعض الاناء على ما يجي قال رحمه الله وان استحق
بعض الاناء اخذ المشتري ما بقي بقسطه او رد لان الشركة في الاناء عيب لان
التشقيص يضره وهذا العيب كان موجودا عند البيع مقارنا له بخلاف
المسئلة الاولى وهي ما اذا اشترى اناء فضة وافترقا وقد بقي عليه بعض
الثمن حيث لا يرد لان التفريق جاء من جهة المشتري على ما بينا قال رحمه
الله ولو باع قطعة نقرة فاستحق بعضها اخذ ما بقي بقسطه بلا خيار لان
الشركة فيها ليست بعيب اذ التشقيص لا يضرها بخلاف الاناء لكن ان

استحق

استحق قبل القبض بعضه يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه كما اذا اشترى
عبدين فاستحق احدهما قبل القبض او هلك يثبت له الخيار لتفرق الصفقة
عليه قبل التمام لانه قبله بخلاف ما اذا استحق بعد القبض لان الصفقة
قد تمت بالقبض قال رحمه الله وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين
وكر بر وشعير بضعفهما بان يبيعهما بكري بر وكري شعير وانما جاز لانه يجعل كل
جنس منهما بخلاف جنسه وقال زفر والشافعي لا يجوز هذا العقد اصلا لانه
مقابلة الجملة بالجملة تقتضي الانقسام على الشيوع لا على التعيين ففي حمله
على خلاف الجنس تغيير له فلا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف لان تغيير
التصرف لا يجوز لتصحيح التصرف فصار كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا
بعشرة ثم باعهما مرابحة بخمسة وعشرين لا يصح وان امكن تصحيحه بصرف كل
الربح الى الثوب وكذا لو اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع
مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يصح في المشترى بالف لانه اشترى ما باع باقل
مما باع وان امكن تصحيحه بصرف الالف الى المشترى وكذا لو جمع بين عبده
وعبد غيره فقال بعتك احدهما لا يصح للتنكير وان امكن تصحيحه بصرفه
الى عبده وكذا لو باع درهما وثوبا بدرهم وثوب ثم تفرقا قبل القبض بطل
العقد في الدرهمين لانه صرف فيهما وان امكن تصحيحه بصرف كل درهم من جانب
الى الثوب من الجانب الآخر ولنا ان في صرف الجنس الى خلافه تصحيح العقد والى
جنسه فساده ولا معارضة بين الفاسد والصحيح لان الصحيح مشروع باصله
ووصفه والفاسد باصله دون وصفه ولان العقد يقتضي مطلق المقابلة
من غير ان يتعرض بالمقيد لا مقابلة الكل بالكل بطريق الشيوع ولا مقابلة
الفرد من جنسه ولا من خلاف جنسه لما عرف ان المطلق غير متعرض للمقيد
لكن مع هذا عند الوجود لا يوجد الا مقيدا لتعذر وجود ذات بدون
صفة وان كان اللفظ غير متعرض للصفة بل للذات فقط على ما عرف في
موضعه فيحمل على المقيد المصحح عند تعذر العمل بالاطلاق الا ترى انه
لو قال عند المقابلة على ان يكون الجنس بخلاف الجنس صح ولو كان منافيا
لما صح فكان حمله على المقيد المصحح اولى من حمله على المقيد المفسد وهو
مقابلة الكل بالكل شائعا طلبا للصحة الا ترى ان اصله ان يكون مستعملا
في حقيقته ثم اذا تعذرت الحقيقة حمل على المجاز لمكان اذ كان لا يصح الا
بالحمل عليه ولئن كان تغييرا فهو تغيير للوصف لا تغيير لاصل المقابلة اذ هي
موجودة لان اصل المقابلة فيه افادة الكل في الكل بمقابلة الكل وذلك
لا يتغير والدليل على انه الحمل عليه عند التعذر طلبا للصحة انه لو باع

الجنس بالجنس بان باع دينارين بدينارين مثلا فقبض كل واحد منهما دينارا
ثم افترقا صح البيع في المقبوض كله ولو كان كما قالاه لما صح الا في نصف
كل واحد من المقبوض لان مقابلة الشيوع تقتضي ان تكون نصفه مقابلا
بالمقبوض ونصفه بغير المقبوض فيبطل حصة غير المقبوض وكذا لو باع
نصف عبد مشترك بينه وبين غيره فانه ينصرف الى نصيبه تصحيحا للعقد
وكذا لو باع عبدا بالف درهم وفي البلد نقود مختلفة فانه ينصرف الى
المتعارف لما قلنا بخلاف مسئلة المرابحة فانه تصير تولية في القلب
بصرف كل الربح الى الثوب والتولية تضاد المرابحة فكان ابطالا لا اصلاحا
وفي الثانية طريق التصحيح غير متعين لانه كما يمكن تصحيحه بصرف الالف
الى العبد المشتري يمكن تصحيحه ايضا بصرف الالف ومائة اليه او الالف
وما تيسر الى غير ذلك من الصور وفي هذا نظر فان الطرق متعددة في مسئلة
الكتاب ايضا فانه يجوز ان يصرف الدينار الى الدينار والدرهم الى الدرهم
كما يجوز ان تصرف الدرهمين الى الدينارين والدرهم الى الدينار وجوابه
انه اقل تغييرا فكان اولى والثالثة اضيف الى المنكر فلا ينصرف الى المعين
لتضادهما والمنكر ليس بمحل للبيع وفي الرابعة ينعقد العقد صحيحا سواء
كان الجنس مقابلا بالجنس او بخلافه والفساد بعد الصحة عارض بالفراق
لا عن قبض اذ القبض شرط البقاء على الصحة وصرف الجنس الى خلافه شرط
لصحة العقد ابتداء وهو صحيح بدونه فلا حاجة الى الصرف الى الجنس لان
الفساد بعد ثبوت الصحة لا يعدم انعقاده في الابتداء فيتحقق ولا بد من
الصرف الى الجنس لينعقد صحيحا ثم الاصل في هذا الباب ان احد البدلين
يجب قسمته على البدل الاخر وتظهر فائدته في الرد بالعيب والرجوع بالثمن
عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما تجب فيه الشفعة ثم ان كان
العقد مما لا ربا فيه فان كان لا تتفاوت اجزاؤه فالقسمة على الاجزاء وان
كان تتفاوت فالقسمة على القيمة وان كان مما فيه الربا يجب قسمته
على الوجه الذي يصح فيه العقد لا غير قال رحمه الله واحد عشر
درهما بعشرة دراهم ودينار يعني يجوز فتكون العشرة بمثلها والدينار
بالدرهم تصحيحا للعقد على ما بينا قال رحمه الله ودرهم صحيح
ودرهمين غلة يعني يجوز بيعه لانهما جنس واحد فيعتبر التساوي في القدر
دون الوصف والغلة هي الدراهم المقطعة وقيل هو ما يرده بيت المال
ويأخذه التجار ولا تنافي لاحتمال ان يكون هي المقطعة قال رحمه
الله تعالى ودينار بعشرة عليه او بعشرة مطلقة ودفع الدينار وتقاصا

العشرة

العشرة بالعشرة اي يجوز ذلك ومعناه ان يكون للرجل على اخر عشرة دراهم
دين فباعه الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة التي عليه او بعشرة مطلقة
ودفع الدينار اليه ثم تقاصا العشرة بالعشرة فكلاهما جائز اما اذا قابل
الدينار بالعشرة التي عليه ابتداء فلانه جعل ثمنه دراهم لا يجب قبضها ولا
تعينها بالقبض وذلك جائز اجماعا لان تعيين احد العوضين بالقبض في
الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الاخر للاحتراز عن الربا ولا ربا
في دين يسقط وانما الربا في دين يقع الخطر في عاقبته بان يتوى عليه ويصل المعوض
عن التوى ومعلوم ان الساقط يتعين اذ لم يبق الذي على خطر التوى فيتحقق
الفضل الا ترى انهما لو تصادقا ان لا دين بعد ما تبرءا يصح لفوات الخطر
لكون كل منهما ثابتا قبل البيع ويسقط بالبيع واما اذا باعه بعشرة مطلقة
ثم تقاصا فالمذكور هنا استحسان والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر لانه
يكون استبدالا ببدل الصرف لان الذي وجب بالصرف غير الذي كان عليه
وهذا لانه وجب بالصرف دين يجب تعيينه بالقبض احترازا عن الربا والدين
الذي كان عليه لا يجب قبضه فكانا غيرين الا ترى ان المقاصة لا تتضمن فسخ
العقد لعدم المجانسة فيكون التقاص تعديدا للاستبدال ببدل الصرف
لانه اخذ ما في ذمته بدلا عما وجب له عليه من ثمن الدينار فلا يجوز ولهذا لا يجوز
في رأس مال السلم ووجه الاستحسان انهما لما تقاصا تضمن انفساخ الاول
وانعقاد صرف اخر غير الاول مضافا الى العشرة الدين اذ لولا ذلك لكان
استبدالا لا ببدل الصرف فثبتت الاضافة اقتضاء كما لو تبايعا بالف وخمسمائة
فان البيع الاول ينفسخ ضرورة ثبوت الثاني اقتضاء فكذا هذا ولا فرق
في ذلك بين ان يكون الدين موجودا قبل عقد الصرف او حصل بعده وقيل
لا يجوز التقاص بدين حادث بعد الصرف لانه يكون تقاصا بدين يجب
والاول هو الاصح لان التقاص هو الذي يتضمن الفسخ للصرف الاول وانشاء
صرف اخر فيكتفي بوجود الدين عنده لانه عقد جديد في ذلك الوقت من
غير استناد الى ما قبله فلا حاجة الى سبق وجوبه بخلاف رأس مال السلم
حيث لا يجوز جعله قصاصا بدين اخر مطلقا تقدم كان او متاخرا لان
المسلم فيه دين فلو صحت المقاصة برأس المال يصير افتراقا عن دين بدين
وهو منهي عنه ولانه جواز السلم مخالف للقياس بعضه وهو اخذ عاجل باجل
للضرورة فاذا لم يقبض شيئا فلا ضرورة فلا يجوز ولهذا لا يجوز اضافته
الى الدين ابتداء بان يجعل الدين على المسلم اليه رأس مال السلم بخلاف
الصرف قال رحمه الله وغالب الفضة والذهب فضة وذهب

حتى لا يصح بيع الخالصة منها ولا بيع بعضها ببعض إلا متساويا وزنا ولا يصح
الاستقراض بها إلا وزنا لأنها لا تخلو عن قليل غش إذ هما لا ينطبعان
عادة بدونه وقد يكون الغش فيها خلقة فيعسر التمييز بين المخلوط والخلقي
فيلحق القليل من الغش بالرداءة والرديء والجيد منها سواء عند المقابلة
بالجنس فيجعل الغش الذي فيهما معدوما حتى لا يكون له اعتبار أصلا
بخلاف ما إذا كان الغش هو الغالب عليهما حيث تعتبر الفضة والذهب
اللذان فيه على ما يذكر من الفرق من قريب إن شاء الله تعالى قال رحمه
الله وغالب الغش ليس في حكم الدراهم والدنانير لأن العبرة للغالب في الشرع
قال رحمه الله فصح بيعها بجنسها متفاضلا أي بالمغشوش مثلها
عددا أو وزنا لأن الغش من كل واحد منهما مقابل بالفضة أو الذهب الذي
في الآخر فلا يصير التفاضل لاختلاف الجنس ويشترط التقابض قبل الافتراق
لأنه صرف في البعض لوجود الفضة أو الذهب من الجانبين ويشترط في الغش
أيضا لأنه لا يتميز إلا بضرر بخلاف بيع درهم وثوب بدرهم وثوب حيث لا يشترط
القبض إلا في الدراهم وكذا إذا بيعتا بالفضة الخالصة أو الذهب الخالص
لا بد أن يكون الخالص أكثر من الفضة أو الذهب الذي في المغشوش حتى يكون
قدر مثله والزائد بالغش على مثال بيع الزيتون بالزيت والجارية وطوقها
بالفضة واعتبر الفضة أو الذهب المغلوب بالغش هنا حتى لا يجوز بيعه بجنسه
إلا على طريق الاعتبار ولم يعتبر الغش المغلوب بالفضة أو الذهب فجعل كأنه
كله فضة أو ذهب ومنع بيعه متفاضلا والفرق بينهما أن الفضة المغلوبة
أو الذهب المغلوب موجود حقيقة لا من حيث اللون وما بالإبانة فإن
الفضة والذهب يخلصان منه بالإذابة فكانا موجودين حقيقة وحكما حتى
يعتبر ما فيه من الفضة والذهب من النصاب في الزكاة أيضا بخلاف
الغش المغلوب بهما لأنه يحترق ويهلك ولا يكون له في الحال أيضا فلا يمكن
اعتباره أصلا حتى لو عرف أن الفضة أو الذهب الذي في الغش الغالب
يحترق ولا يخرج منه شيء كان حكمه كحكم الخالص حتى لا يكون للفضة أو الذهب
الذي فيه اعتبار أصلا ولا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا إن كان موزونا
للربا ومشايخنا لم يفتوا بجواز التفاضل في العطارفة والعدالية وإن كان
الغالب فيهما الغش لأنها أعز الأموال في ديارهم في ذلك الزمان فلو أبيح
التفاضل فيها لانفتح باب الربا قال رحمه الله والتبايع والاستقراض
بما يروج عددا أو وزنا أو بهما لأن المعتبر فيما لا نص فيه العادة وهذا لأنه
لما كان الغالب فيها الغش صارت كالفلوس فيعتبر فيها عادات الناس

كما تعتبر في الفلوس العادة في المعاملة بها حتى إذا كانت تروج بالوزن فبالوزن
وإن كانت تروج بالعدد فبالعدد وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما انتهى
قال رحمه الله ولا يتعين بالتعيين لكونها أثمانا يعني ما دامت
تروج لأنها بالاصطلاح صارت أثمانا فما دام ذلك الاصطلاح موجودا لا
يبطل الثمنية لقيام المقتضي قال رحمه الله وتتعين بالتعيين
إن كانت لا تروج لزوال المقتضي للثمنية وهو الاصطلاح وهذا لأنها
في الأصل سلعة وإنما صارت أثمانا بالاصطلاح فإذا تركوا المعاملة
بها رجعت إلى أصلها وإن كان يأخذها البعض دون البعض فهي مثل
الدراهم لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها إن كان البائع يعلم بحالها وإن
كان لا يعلم بحالها وباعه بها على ظن أنها دراهم جياد تعلق حقه بالجياد
لوجود الرضا بها في الأول وعدمها في الثانية قال رحمه الله والمتساوي
كغالب الفضة في التبايع والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش يعني الذي
استوى غشه وفضته أو غشه وذهبه حكمه في التبايع والاستقراض كحكم
الدراهم التي غلبت عليها الفضة حتى لا يجوز البيع بها ولا إقراضها إلا بالوزن
بمنزلة الدراهم الردية لأن الفضة فيها موجودة حقيقة ولم تصر مغلوبة
فيجب اعتبارها بالوزن شرعا كالخالصة ونسبتها إلا أن يشير إليها في
المبايعة فيكون بيانا لقدرها ووصفها كما لو أشار إلى الدراهم الجيادة
ولا ينتقض العقد بهلاكها قبل التسليم ويعطيه مثلها لأنها ثمن فلم تتعين
وفي الصرف حكمه حكم فضة غلب عليها الغش حتى إذا باعها بجنسها جاز على
وجه الاعتبار ولو باعها بالفضة الخالصة لا يجوز حتى يكون الخالصة
أكثر مما فيه من الفضة لأنه لا غلبة لأحدهما على الآخر فيجب اعتبارهما احتياطا
كما لو جمع بين فضة وقطعة نحاس فباعهما بمثلها أو بفضة فقط وفي فتاوى
قاضي خان إن كان نصفها صفرا ونصفها فضة لا يجوز فيه التفاضل وظاهره
أنه أراد به فيما إذا بيعت بجنسها وهو خلاف ما ذكر هنا ووجهه أن فضتها
لما لم تصر مغلوبة جعلت كأن كلها فضة في حق الصرف احتياطا قال
رحمه الله ولو اشترى به أو بفلوس نافقة شيئا وكسد بطل البيع أي لو اشترى
بالدراهم التي غلب عليها الغش أو بالفلوس وكان كل واحد منهما نافقا
حتى جاز البيع لقيام الاصطلاح على الثمنية ولعدم الحاجة إلى الإشارة
لالتحاقها بالثمن ثم كسدت بطل البيع وكذا إذا انقطعت عن أيدي الناس
هذا إذا باع شيئا بالدراهم ثم كسدت أو انقطعت عن أيدي الناس بطل البيع
ويجب على المشتري رد المبيع إن كان قائما وإلا فمثله إن كان من ذوات الأمثال

وأما قيمته وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يبطل لأن العقد
قد صح لبقاء الاصطلاح على الثمنية عند وجوده وإنما تعذر التسليم بعد
بالكساد وذلك لا يوجب الفساد لاحتمال الزوال بالرواج فصار كما لو
اشترى شيئا بالرطب ثم انقطع عن أيدي الناس وإذا لم يبطل البيع عندهما
وقد تعذر تسليمه يجب قيمته لكن تعتبر قيمته يوم البيع عند أبي يوسف لأن الثمن
صار مضمونا به كالمغصوب فإنه تعتبر قيمته يوم الغصب لأنه مضمون به وعند
محمد تعتبر قيمته يوم الكساد وهو آخر ما تعامل الناس بها لأنه يوم الانتقال
إلى القيمة لأن المستحق كان واجب التسليم إلى أن ينقطع فإذا انقطع انتقل
إلى القيمة للتعذر فتعتبر قيمته يومئذ ولأبي حنيفة أن الثمنية بالاصطلاح
فتبطل الثمنية لزوال الموجب والمقتضي لها فيبقى البيع بلا ثمن فيبطل
ولا يقال إن العقد تناول عينها والعين باقية بعد الكساد وبه يقدر
التسليم لأنا نقول تناولها بصفة الثمنية وبالكساد تنعدم الصفة بخلاف
انقطاع الرطب فإنه يعود غالبا في العام القابل فلم يكن هالكا من كل وجه فلم
يبطل وفي النحاس وأمثاله الأصل هو الكساد لعدم الانتفاع بعينه فإذا كسدت
رجع إلى أصله على وجه يغلب على الظن أنه لا يعود لأن الشيء إذا رجع إلى أصله
قل ما يزول وحد الكساد أن تترك المعاملة بها في جميع البلاد وإن كان يروج
في بعض البلاد لا يبطل لكنه يتعيب إذا لم يرج في بلدهم فيتخير البائع إن شاء
أخذه وإن شاء أخذ قيمته وحد الانقطاع أن لا يوجد في الأسواق وإن كان
موجودا في يد الصيارفة وفي البيوت قال رحمه الله وصح البيع
بالفلوس النافقة وإن لم يعين لأنها أموال معلومة فصارت ثمنا بالاصطلاح
فجاز البيع بها ووجبت في الذمة كالدراهم والدنانير وإن عينها لا تتعين
لما أنها صارت ثمنا باصطلاح الناس وله أن يعطيه غيرها لأن الثمنية لا
تبطل بتعيينها لأن التعيين يحتمل أن يكون لتعلق الحكم بعينها فلا تبطل
الاصطلاح بالمحتمل ما لم تصرحا بإبطاله بأن يقولا أردنا به تعلق الحكم بعينها
فحينئذ يتعلق العقد بعينها بخلاف ما إذا باع فلسا بفلسين بأعيانهما حيث
يتعين من غير تصريح لأنه لو لم يتعين لفسد البيع على ما بينا من قبل فكان
فيه ضرورة تحريا للجواز وهنا يجوز على التقديرين فلا حاجة إلى إبطال
الثمنية وهذا إثبات على قولهما وعلى قول محمد لا يتعين وإن صرحا وأصل
الخلاف أن اصطلاح العامة لا يبطل باصطلاحهما على خلافه عنده وعندهما
يبطل في حقهما لعدم ولاية الغير عليهما فلا يلزمهما قال رحمه الله وبالكاسدة
لا حتى يعينها أي إذا باع بالفلوس الكاسدة لا يجوز البيع حتى يعينها لأنها

سلع فلا بد من تعيينها قال رحمه الله ولو كسدت أفلس القرض يجب
رد مثلها وهذا عند أبي حنيفة وقالا يجب عليه رد قيمتها لأنه تعذر ردها
كما قبضها لأن المقبوض ثمن والمردود ليس بثمن ففاتت المماثلة فيجب القيمة
كما لو استقرض مثليا فانقطع عن أيدي الناس لكن عند أبي يوسف تعتبر قيمته
يوم القبض وعند محمد يوم الكساد وقول محمد أنظر في حق المستقرض لأن
قيمته يوم القبض معلومة ويوم الكساد لا تعرف إلا بحرج ولأبي حنيفة أن القرض
إعارة وموجبها رد العين معنى وذلك يتحقق برد مثله والثمنية زيادة
فيه لأن صحة القرض لا تعتمد الثمنية بل تعتمد المثل وبالكساد لم تخرج من أن
تكون مثليا ولهذا صح استقراضه بعد الكساد وصح استقراض ما ليس بثمن كالجوز
والبيض والمكيل والموزون وإن لم يكن ثمنا ولولا أنه إعارة في المعنى
لما صح لأنه يكون مبادلة الجنس بالجنس نسيئة وأنه حرام فصار المردود عين
المقبوض حكما فلا يشترط فيه الرواج كرد العين المغصوبة والقرض كالغصب
إذ هو مضمون بمثله والاختلاف فيه مبني على الاختلاف فيمن غصب مثليا كالرطب
مثلا ثم انقطع عن أيدي الناس يجب عليه قيمته بالإجماع ولكن عند أبي حنيفة
قيمته يوم الخصومة وعند أبي يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع
ووجه البناء عندهما ظاهر وكذا عند أبي حنيفة لأن قيمتها كاسدة وعينها
سواء يوم الخصومة فلا فائدة في إيجاب القيمة والعدول عن العين بل إيجاب
العين أولى لأنه أعدل من القيمة وإنما عدل في الغصب إلى القيمة لتعذر
رد العين بالانقطاع قال رحمه الله ولو اشترى شيئا بنصف درهم فلوس
صح وعليه فلوس تباع بنصف درهم وعلى هذا لو قال بثلث درهم أو بربعه
أو بدانق فلوس أو بقيراط فلوس وقال زفر لا يجوز لأنه بيع إما بقيمة نصف
درهم فضة أو بفلوس وزنه وزن نصف درهم وكلاهما لا يجوز أما الأول
فلأنه باعه بقيمة غيره ولو باعه بقيمة نفس المبيع لا يجوز فقيمة غيره أولى
فصار نظير ما لو باع جاريته بقيمة عبده وأما الثاني فلأن الفلوس تقدر
بالعدد لا بالوزن ولهذا لا يجوز في الكثير منه بهذا الطريق فكذا في القليل
أو يكون اشترى بفضة على أن يعطى بدلها فلوسا فيفسد قلنا التبايع
بهذا الطريق متعارف في القليل وهو معلوم بين الناس لا يتفاوت قيمة
الفضة فيها فلا يؤدي إلى النزاع بخلاف ما استشهد به لأنه مجهول فيفضي
إلى النزاع ولو اشترى بدرهم فلوس لا يجوز عند محمد لأن الجواز للعادة ولم يوجد
في الدرهم وقال أبو يوسف يجوز في الكل لأنه معلوم عند الناس ولا تفاوت
قيمة الفضة من الفلوس فصار كما لو بين عدد الفلوس قلنا أن نمنع قال

رحمه الله ومن اعطى صيرفيا درهما فقال اعطني به نصف درهم فلوسا ونصفا
الا حبة صح بانه قابل الدرهم بنصف درهم فلوس وبنصف درهم الا حبة من
الفضة فيكون نصف درهم الا حبة بمقابلة الفضة ونصف درهم وحبة
بمقابلة الفلوس ولو قال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة
بطل في الكل على قياس قول ابي حنيفة وعندهما صح البيع في الفلوس وبطل
فيما يقابل الفضة لان الفساد عندهما عند التفصيل يتقدر بقدر المفسد
وعنده يفسد والاصل الخلاف ان العقد يتكرر عنده بتكرار اللفظ وعندهما
بتفصيل الثمن حتى لو قال اعطني بنصفه فلوسا واعطني بنصفه نصفا الا حبة
جاز في الفلوس وبطل في الفضة بالاجماع وقد مر نظيره فيما اذا جمع بين
حر وعبد ونحوه ثم ان افترقا في هذه المسئلة قبل ان يقبض الفلوس والنصف
الا حبة بطل في النصف الا حبة لان العقد فيه صرف وقد افترقا قبل قبض
احد البدلين ولا يبطل في الفلوس لان العقد فيها بيع فيكفي قبض احد
البدلين ولو لم يعطه الدرهم ولم يأخذ هو الفلوس حتى افترقا بطل في الكل
لانهما افترقا عن دين بدين فيثبت بمجموع ما مضى ان الاموال انواع نوع ثمن
بكل حال كالنقدين صحبه الباء او قوبل بجنسه او بغير جنسه ونوع مبيع بكل حال
كالثياب والدواب والعبيد ونوع ثمن من وجه مبيع من وجه كالمكيل والموزون
غير النقدين فانه ان كان معينا في العقد كان مبيعا وان لم يكن معينا وصحبه
الباء وقوبل بالمبيع فهو ثمن ونوع ثمن بالاصطلاح وهو سلعة في الاصل كالفلوس
فان كان رائجا فهو ثمن وان كان كاسدا فهو سلعة مثمن وهذا لان الثمن ما
يثبت دينا في الذمة عند العرب كذا ذكره الفراء والنقود لا تستحق بالعقد الا
دينا في الذمة فكانت ثمنا بكل حال والعروض لا تستحق بالعقد الا عينا
فكانت مبيعة والمكيل والموزون غير النقدين يستحق بالعقد عينا تارة
ودينا اخرى فكان ثمنا في حال مبيعا في حال ومن حكم الثمن ان لا يشترط وجوده
في ملك العاقد عند العقد ولا يبطل العقد بفوات تسليمه ويصح الاستبدال
به في غير الصرف والسلم ومن حكم المبيع ان يشترط وجوده قبل العقد في غير
السلم ولا يصح الاستبدال به قبل قبضه ومن شرطهما ان لا يجوز التفاضل
عند المقابلة بالجنس في المقدرات وان يجب تعيينهما فيما يتعين وقبضهما
فيما لا يتعين وفي غير المقدرات يجب تعيينهما فقط وان قوبل بخلاف جنسه
فان كان النقد لا الا ان المقدرات يجب تعيينهما ان كانا يتعينان بالتعيين ان
جمعهما القدر كالحنطة والشعير وان كانا لا يتعينان يجب قبضهما كالذهب والفضة
وان لم يجمعهما القدر كالحنطة والفضة والفلوس يجب احد التقديرين وكان

احدهما

احدهما مقدورا والاخر غير مقدور كالثياب مع النقدين او غيرهما من المقدرات
يجب تعيين احد البدلين دون الاخر كيلا يكون كالئا بكالئ والله اعلم

كتاب الكفالة

وهي مطلق الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه وقال
عليه السلام انا وكافل اليتيم كهاتين اي ضام اليتيم الى نفسه قال رحمه
الله هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة هذا في الشرع وقيل هي ضم ذمة الى ذمة
في الدين لانه مطالب بالدين والمطالبة به ولا دين محال وهذا لان المطالبة
بالدين فرع وجوب الدين ولا يتصور الدين الفرع بدون الاصل والاول كما
تشهد بهذا الا ترى انه لو وهب الطالب الدين من الكفيل صح ويرجع به على
الاصيل وهبة الدين من غير من عليه الدين لا تصح وكذا لو اشترى الطالب
بالدين شيئا من الكفيل صح والشراء بالدين لا يجوز الا ممن عليه الدين ولا يلزم
من وجوب الدين عليهما ان يتكرر الاستيفاء لان الدين الواحد لا يمكن استيفاؤه
مرتين ويمكن وجوبه على شخصين كالغاصب وغاصب الغاصب بان الدين واجب
عليهما ولا يستوفيه الا من احدهما ايهما شاء والاول اصح لانه يستحيل ان يجب دينان
ولا يستوفى الا احدهما واما وجوب المطالبة بدين على غيره فممكن الا ترى
ان الوكيل بالشراء يطالب بالدين وهو على الموكل حتى لو ابرأه البائع صح وكذا
الولي والوصي يطالبان بدين على الصغير وليس عليهما دين والولي يطالب
بقضاء دين على عبده المأذون او بيعه عند طلب الغرماء بيعه ولا دين عليه
فاذا امكن ايجاب المطالبة عليه من غير لزوم الدين فلا حاجة الى ايجاب الدين
عليه لانه محال في الحقيقة لما فيه من جعل الدين الواحد دينين فلا يصار اليه
الا عند الضرورة كما اذا وهب الدين له او اشترى به منه شيئا فحينئذ نقول يقدر
الدين على الكفيل ضرورة تصحيح تصرفه فيجعل في حكم دينين ولا ضرورة قبله
فلا حاجة الى هذا التقدير وفي الغاصب وغاصب الغاصب لا يجب له الا
دين واحد على احدهما غير عين فلهذا اذا اختار احدهما ليس له ان يطالب
الاخر لتضمنه التمليك منه وهذا تفسير الكفالة وسببها مطالبة من له
الحق للتوثق بتكثير محل المطالبة وتيسير وصول حقه اليه وركنها الايجاب
والقبول عندهما خلافا لابي يوسف اخرا وشرطها ان يكون الدين ثابتا
صحيحا بخلاف بدل الكتابة على ما يجيء في موضعه او يكون المكفول به مما يمكن الاستيفاء
من الكفيل واهلها ان يكون الكفيل من اهل التبرع حتى لا يصح ممن لا يملك
التبرع كالعبد المأذون له في التجارة والمكاتب والصغير وكذا لا يصح
من المريض الا من الثلث لانه لا يملك التبرع باكثر منه وانواعها في الاصل

نوعان كفالة بالنفس وكفالة بالمال والكفالة بالمال نوعان كفالة بالديون
فتجوز مطلقا إذا كانت صحيحة وكفالة بالأعيان وهي نوعان كفالة بأعيان
مضمونة فتصح الكفالة بها وذلك كالمغصوب والمهر وبدل الخلع والصلح عن دم
العمد ونحو ذلك وكفالة بأعيان وهي أمانة غير واجب التسليم كالودائع والمضاربات
والشركة ونحو ذلك وكفالة بأعيان هي غير واجب التسليم كالودائع والمضاربات
والشركة ونحو ذلك مما ليس بواجب التسليم فلا تصح الكفالة بها أصلا وكفالة
بأعيان هي أمانة واجب التسليم كالعارية والمستأجر أو العين مضمونة
لغيره كالمبيع فإن الكفالة بها لا تصح وبتسليمها تصح وألفاظها مذكورة
في المتن قال رحمه الله وتصح بالنفس وإن تعددت الكفالة بأن أخذ
منه كفيلا ثم كفيلا وكذا يجوز إذا تعددت النفوس المكفول بها أيضا كما يجوز
بالديون الكثيرة وقال الشافعي لا تجوز الكفالة بالنفس لأنه لا قدرة له على
تسليمه إذ لا ولاية له عليه لا سيما إذا تكفل بغير أمره لأنه لا ينقاد له ولا يلزمه
طاعته وكذا إذا كان بأمره لأن أمره بالكفالة بالمال لا يثبت له ولاية فيما
يؤدي عنه من ماله فالنفس أولى فصار كما لو باع طيرا في الهواء بخلاف الكفالة
بالمال لأن ثمة لم يكن له ولاية على مال الآمر فله ولاية على مال نفسه فيؤدي من
ماله ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم من غير فصل بين الكفالة بالنفس
أو بالمال فيقتضي مشروعيتهما ولا يقال الكفالة بالنفس لا غرم فيها فلا
يتناولها الحديث لأنا نقول الغرم عبارة عن ضرر يلزمه قال الله تعالى
إن عذابها كان غراما وفيه ذلك ولأن الحاجة ماسة إليها ضرورة إحياء
حقوق العباد وقد أمكن العمل بموجبها بأن يعلم مكانه فيخلي بينه وبينه إذ
التخلية تسليم أو يوافقه إذا ادعاه أو يكرهه بالحضور إلى مجلس الحاكم
والتزامه لذلك ورضاه به دليل على قدرته فيصح وإن لم يقدر عليه
استعان بأعوان القاضي لكان تعضيده ولأنه التزم ما هو مستحق على الأصيل
إذ تسليم النفس على المدعى عليه واجب عليه بمعنى أنه يجب عليه الحضور
إلى مجلس الحاكم فيصح كالكفالة بالمال والدليل على أنه يجب عليه الإجابة
إذا ادعي أن الله ذم الممتنع من الحضور بقوله تعالى وإذا دعوا إلى الله ورسوله
الآية والذم يستحق بترك الواجب وعن الصحابة أنهم أجازوا الكفالة
بالنفس وضمنت أم كلثوم بنفس علي حين جرى بينه وبين عمر خصومة وكفل
رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بتهمة والتكفيل أخذ الكفيل بالنفس
ولأن شرط صحة الالتزام أن يكون الملتزم ممكنا وجوده عقلا لا حقيقة
ألا ترى أنه إذا التزم الحجة بالنذر يصح ويلزمه وإن لم يتبال منه حقيقة

لعض

لعجزه عادة وقدرته على إحضاره ممكن فيصح وإذا صحت تصح أيضا لأن
حكمها استحقاق المطالبة وهي تحتمل التعدد والالتزام الأول لا يمنع
الالتزام الثاني إذ المقصود منها التوثق فلا تنافي قال رحمه الله
تكفلت بنفسه وبما يعبر به عن البدن وبجزء شائع أي تصح الكفالة بقوله
كفلت بنفس فلان أو بما يعبر به عن البدن من أعضائه عن جميع البدن كرأسه
ووجهه ورقبته وعنقه وجسده وبدنه بأن قال تكفلت برأسه أو بوجهه
إلى آخره أو تكفلت بجزء شائع منه بأن قال تكفلت بثلثه أو بربعه كل ذلك جائز
لأن هذه الأشياء يعبر بها عن جميع البدن عرفا وقد بيناه في الطلاق قال
رحمه الله وبضمنته أي تصح بقوله ضمنته لك لأنه تصريح بمقتضى الكفالة
لأنه يصير ضامنا للتسليم والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كعقد البيع ينعقد
بلفظ التمليك قال رحمه الله وبعلي يعني تصح الكفالة بقوله علي لأن
كلمة على للوجوب قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه
سبيلا قال رحمه الله وإلي لأنها بمعنى على في هذا المقام قال عليه السلام
من ترك كلا أو عيالا فإلي قال رحمه الله وأنا زعيم لأن الكفيل يسمى
زعيما قال الله تعالى حكاية عن صاحب يوسف وأنا به زعيم أي كفيل قال
رحمه الله وقبيل به لأن القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة لأنه
يحفظ الحق فيكون وثيقة كالكفيل قال رحمه الله لا بأنا ضامن
لمعرفته أي لا يصير كفيلا بقوله أنا ضامن لك لمعرفة فلان وقال أبو يوسف
يصير ضامنا للعرف لأنهم يريدون به الكفالة وجه الأول أنه التزم
معرفته دون المطالبة فصار كالتزامه دلالته عليه أو قال أو فعل
عليه قال رحمه الله فإن شرط تسليمه في وقت بعينه أحضره فيه إن
طلبه لأنه التزامه بالشرط في الكفالة فيجب عليه الوفاء به إن طلبه
في ذلك الوقت أو بعده كالدين المؤجل إذا طالبه صاحبه بعد حلول
الأجل قال رحمه الله فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفاء
ما وجب عليه ولكن لا يحبسه أول مرة لاحتمال أنه ما عرف لماذا يدعى
فيمهله حتى يظهر له مطله لأنه جزاء الظلم وهو ليس بظالم قبل المماطلة
قال العبد الفقير إلى الله تعالى ينبغي أن يفصل ما فصل في الحبس بالدين
فإنه هناك قال إذا ثبت الحق لا يعجل بحبسه ويأمره بدفع ما عليه لأن الحبس
جزاء المماطلة فلم يظهر أول وهلة وإن ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور
مطله بالإنكار فكذا هنا ينبغي أن يفصل على هذا التفصيل وذكر في النهاية
معزيا إلى الإنصاف هذا إذا لم يظهر عجزه وأما إذا ظهر عجزه فلا معنى

حبسه لانه لا حاجة بينه وبين الكفيل فيلازمه ويطالبه ولا يحول بينه وبين
اشتغاله بحوائجه كالمفلس يلازمه اذا ثبت بالاقرار او البينة **قال** رحمه
الله وان غاب امهله مدة ذهابه وايابه اي ان غاب المكفول بنفسه يؤجل
الكفيل مدة قطع المسافة ولا يحبسه لانه لم يظهر مطله بعد والحبس جزاء المماطلة
قال رحمه الله فان مضت ولم يحضره حبسه اي اذا مضت المدة ولم يحضره
حبسه لانه ظهر مطله والحبس جزاؤه **قال** رحمه الله وان غاب ولم يعلم
مكانه لا يطالب به لانه عاجز وقد صدقه الطالب عليه فصار كالمديون
اذا ثبت اعساره وان اختلفا فقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب
تعرف ينظر فان كانت له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة في كل
وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان
الظاهر شاهد للطالب وان لم يعرف منه ذلك كان القول قول الكفيل
لانه متمسك بالاصل وهو الجهل لانه منكر لزوم المطالبة وكانت متوجهة
عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يدعي وان اقام الطالب بينة
انه في موضع كذا امر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع واحضاره اعتبارا
للثابت بالبينة بالثابت معاينة وكذا المرتد ولحق بدار الحرب لا تسقط
الكفالة ويؤجل الكفيل مدة ذهابه ومجيئه ولا يقال بعد اللحاق بدار
الحرب صار كالموتى ولهذا يقسم ماله بين ورثته فينبغي ان يبرأ الكفيل
كما لو مات حقيقة لانا نقول هذا ليس كونه حقيقة وانما هو موت حكمي في حق
قسمة ماله بين ورثته فاما في حق نفسه فهو حي مطالب بالتوبة والرجوع
وتسليم النفس الى الخصم فيبقى الكفيل على كفالته هكذا ذكره في النهاية
معزيا الى المبسوط وفيه قال في الذخيرة انه اذا لحق بدار الحرب مرتدا اشترط
فان كان الكفيل قادرا على رده بان كان بيننا وبينهم موادعة ان من لحقهم
مرتدا يردونه الينا اذا طلبنا فيمهل الكفيل قدر ذهابه ومجيئه وان لم
يكن قادرا لا يؤاخذ به ثم في كل موضع قلنا انه يؤمر بالذهاب اليه للطالب
ان يستوثق الكفيل بكفيل آخر حتى لا يغيب الآخر فيضيع حقه **قال**
رحمه الله فان سلمه بحيث يقدر المكفول له ان يخاصمه كمصر برئ لانه اتى بما التزمه
اذ لم يلتزم تسليمه الا مرة واحدة وحصل مقصود الطالب ايضا لذلك فلا
حاجة الى ابقاء الكفالة نظيرها لو تكفل بمال فقضاه سواء كان التسليم
غير مشروط في وقت او كان مشروطا فيه فسلمه في ذلك الوقت او قبله لان الاجل
حق الكفيل فله ان يسقطه ثم التسليم يكون بالتخلية بينه وبين الخصم وذلك
برفع المانع فيقول له هذا خصمك فانت اعلم بشانه فخذه ان شئت ثم لا يخلو اما

ان

ان سلمه بعد طلبه او لا فان كان بعد طلبه برئ وان لم يقل سلمته اليك بحكم
الكفالة لانه يتضمن اعادة قول الطالب وان سلمه بغير طلبه فلا يبرأ حتى يقول
سلمته اليك بجهة الكفالة **قال** رحمه الله ولو شرط تسليمه في مجلس القاضي
يسلمه ثمة لان الشرط مفيد فيلزمه تسليمه على الوجه الذي التزمه فاذا
سلمه في مجلسه برئ لما ذكرنا وكذا اذا سلمه في السوق لحصول المقصود وقيل
لا يبرأ وهو قول زفر وبه يفتى في زماننا لتهاون الناس في اقامة الحق
وان سلمه في برية او في سواد لا يبرأ لانه لا يقدر على مخاصمته في ذلك المكان
وكذا لو لم يشترط التسليم في مجلس الحاكم لا يبرأ بمثل هذا التسليم لما ذكرنا وان
سلمه في مصر آخر غير المصر الذي كفل به برئ عند ابي حنيفة لان المعتبر تسليمه
على وجه يتمكن من احضاره مجلس القاضي وقد وجد وعندهما لا يبرأ لانه لم يسلمه
على الوجه الذي التزمه وهو ان يسلمه في مصر كفل فيه وهو مفيد لاحتمال
ان يكون شهوده فيه او يعرف قاضي ذلك المصر حادثته فلا يبرأ الا بالتسليم
فيه قلنا الاحتمال مشترك فانه يحتمل ان يكون شهوده في ذلك المصر وكذلك
يحتمل ان يكون قاضي ذلك المصر يعلم حادثته فتعارض الوهمان فيبقى
التسليم سالما عن المعارض فيبرأ وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف
حجة وبرهان فابو حنيفة قال ذلك في زمنه حين كانت الغلبة لاهل
الصلاح والعمال كانوا يتجاوزون على البر ولا يميلون الى الرشوة فلا يختلف
الحال بين مصر ومصر آخر وهما قالا ذلك بعد ما ظهر الفساد وتغير احوال
القضاة والعمال حتى لا يقيمون الحق الا بالرشوة فيكون على هذا التقدير
مصر اسهل لاثبات حقوقه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ
لان المقصود من التسليم تمكنه من احضاره مجلس الحاكم ليثبت عليه الحق ولا
يفيد في المحبوس **قال** رحمه الله وتبطل بموت المطلوب والكفيل
لا الطالب يعني الكفالة تبطل بموت المكفول بنفسه وبموت الكفيل
ولا تبطل بموت المكفول له اما المطلوب بموته برئ هو بنفسه وبرئ انه توجب
براءة الكفيل لانه اصيل والكفيل تبع فاذا عجز عن الحضور بالموت سقط
عنه فكذا عن التبع لما قلنا وبعد موت الكفيل لا يتحقق التسليم منه وورثته
لا يقومون مقامه لانهم يخلفونه فيما له لا فيما عليه وما له لا يصلح لايفاء
هذا الحق وهو احضار المكفول به بخلاف الكفيل بالمال اذا مات لان
ماله صالح له وحكمه بعد موته ممكن فيوفى من ماله ثم ترجع الورثة على المكفول
له اذا كانت الكفالة بامره والا فلا شيء لهم كما اذا ادى هو بنفسه حال حياته
واذا مات الطالب يخلفه وصيه او وارثه فلا يبطل حقه اذ هم قائمون

مقامه في استيفائه قال رحمه الله ويبرأ بدفعه اليه وان لم يقل اذا دفعته
اليك فانا بريء لانه موجب التسليم البراءة فيثبت به وان لم ينص عليها لان موجب
التصرف يثبت من غير تنصيص عليه ولا بد ان يقول سلمته اليك بحكم الكفالة
وان لم يقل انا بريء لان التسليم قد يكون بحكم الكفالة او استعارة او اجارة
الا اذا كان يطالبه فحينئذ لا يحتاج اليه فيه الى ان ينص عليه فتقدم ما يدل
عليه وكذا اذا اقر الطالب بالقبض لا يحتاج فيه الى النص لان الظاهر
لا يقر الا باستيفاء حقه ولو سلم الكفيل المكفول به الى الطالب فابى ان يقبله
يجبر على القبول ويترك قابضا بالتخلية لانه لو لم يجعل قابضا لتضرر الكفيل
فصار كالغاصب يرد العين المغصوبة او قيمتها وكالمدين اذا قضى الدين
بخلاف ما اذا اسلمه غيره بغير امر الكفيل حيث لا يجبر على القبول لانه اجنبي
فصار نظير قضاء الدين من الاجنبي قال رحمه الله وبتسليم المطلوب
نفسه من كفالته وبتسليم وكيل الكفيل ورسوله يعني بتسليم هؤلاء يبرأ
الكفيل لان المكفول به مطالب بالتسليم وواجب عليه الكفيل ان يسلم
نفسه فاذا سلم فقد حصل المقصود ولا معنى لبقاء الكفالة بعد ذلك ووكيل
الكفيل يقوم مقامه ورسوله سفير عنه فيكون فعلهما كفعله وشرط براءته
ان يقول كل واحد منهما سلمته اليك بحكم الكفالة على ما بينا وفي لفظ المختصر
ما يشعر بذلك فانه قال وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته شرط ان يكون
التسليم من كفالته فهذا دليل على انه لا يبرأ اذا لم يقل من كفالته نص عليه
في الكفيل ووكيله ورسوله في المبسوط والمحيط وفي تسليم المكفول بنفسه
في فتاوي قاضيخان ولو سلم اليه رجل اجنبي بغير امره وقال عند الدفع سلمته
اليك عن الكفيل فان قبله الطالب بريء الكفيل وان سكت الطالب
ولم يقل قبلت لم يبرأ الكفيل ذكره قاضيخان في فتاواه قال
رحمه الله فان قال ان لم اوافِ به غدا فهو ضامن لما عليه فلم يواف به او مات
المطلوب ضمن المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة
فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لانها كانت
ثابتة قبل وجوب المال عليه فلا ينتفي بوجودها الا ترى انه لو كفل بهما
جملة في وقت واحد صحت ولو تنافيا لما صحت وهذا لان الكفالة للتوثق
فالتوثق بالكفالة بالنفس لا ينافي التوثق بالكفالة بالمال كما لا ينافي
التوثق بكفالة نفس اخرى او بمال اخر وقال الشافعي الكفالتان باطلتان
اما الكفالة بالنفس فقد بيناه في قوله من قبل واما الكفالة بالمال فلانها
معلقة بشرط على خطر وتعليق وجوب المال بالشرط غير جائز كالبيع ونحوه

وهذا هو القياس ولنا ان الناس تعاملوه والقياس يترك بالتعامل
كما في الاستصناع وغيره وباب الكفالة اوسع لكونه من التبرعات ولان
الكفالة تشبه البيع انتهاء من حيث ان الكفيل يرجع على الاصيل اذا كان
بامره وتشبه النذر ابتداء من حيث انه التزام ابتداء فلشبهه بالبيع ينبغي
ان لا يجوز تعليقه بالشرط اصلا وباعتبار النذر وجب ان يجوز بمطلق
الشرط فقلنا بجواز تعليقه بشرط متعارف ولا يجوز بغيره عملا بالشبهين
والتعليق بالموافاة متعارف ولا نسلم انه تعليق لوجوب المال وانما هو
تعليق لوجوب المطالبة في الصحيح على ما مر من قبل فيصح فاذا صح تعليقه
بعدم الموافاة ولم يواف به مع قدرته او بعجزه بموته او بجنونه فقد وجد
الشرط فيلزمه المشروط لان عدم الموافاة لا يختلف باختلاف السبب
فان قيل شرط وجوب المال عدم موافاة مستحقة عليه وبموت المكفول به
بريء الكفيل فلم يجب عليه احضاره فكيف يلزمه المال بعدم موافاته
بعد ما بريء الا ترى ان الطالب اذا ابرأ عن الكفالة بالنفس فلم يحضره
لا يجب المال لفقد شرطه فكذا هنا قلنا الابراء وضع للفسخ فتنفسخ
به الكفالة بالنفس من كل وجه والموت لم يوضع للفسخ وانما بريء للعجز
عن التسليم المستحق بالكفالة لان المستحق عليه تسليم يتم دفعه الى
الخصام وهو عاجز عنه فكان ضروريا فيتقدر بقدرها فبريء عن التسليم
ولا ضرورة الى انفساخه في حق الكفالة بالمال فلا ينفسخ العقد في حقه
وان مات الكفيل فقد ذكر قاضيخان في فتاواه ان وارثه كان بمنزلة
الكفيل فان دفعه الى الطالب بريء وان لم يدفعه حتى مضى الوقت كان
المال على الوارث يعني من تركة الميت ولو مات الطالب فدفع الكفيل
المكفول به الى وارث الطالب في الوقت بريء وان لم يدفعه لزمه المال
وهو طويل قال رحمه الله ومن ادعى على اخر مائة دينار فقال رجل ان
لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف اخرا ولا فرق بين ان يبين المائة او لم يبينها
بان تعلق رجل على رجل فلزمه فقال لي عليك ولم يدع عليه مالا مقدرا
فقال له رجل اخر دعه فانا كفيل بنفسه فان لم اوافك به غدا فعلي مائة
دينار فادعى المدعي واثبتها لزم الكفيل وقال محمد ان لم يبينها ثم ادعى وبينها
لا يلزمه وله فيه وجهان احدهما ما قاله ابو منصور الماتريدي وهو
ان الكفيل علق مالا مطلقا بخطر حيث لم ينسبه الى ما له عليه وكانت هذه
رشوة التزمها الكفيل له عند عدم الموافاة فهذا يوجب ان لا يصح وان

شيئا المدعي لان عدم الفسبة اليه هو الذي اوجب البطلان والثاني ما قاله الكرخي وهو ان المدعي لما لم يبين لم تصح دعواه فلم يجب احضاره الى مجلس القاضي فلم تصح الكفالة بالنفس ايضا لعدم صحة الدعوى ولم تصح الكفالة بالمال ايضا لانها مبنية على الكفالة بالنفس فاذا بطل الاصل بطل الفرع وهذا الوجه يوجب ان تصح الكفالة اذا بين المال عند الدعوى ولما ان هذه كفالة امكن تصحيحها فتصح اما اذا بين المال عند الدعوى فلان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما على المدعى عليه لان العادة جرت بالاجمال والمراد ما عليه وان لم يبين فلان العادة جرت بالابهام في الدعاوي في غير مجلس القضا فيجملونها اجمالا ولا يبينونها الا عند القاضي دفعا لحيل الخصوم وصونها للكلام الى وقت الحاجة فصحت الدعوى والملازمة على احتمال البيان من جهته فاذا بين انصرف بيانه الى ابتداء الدعوى فظهر به ان الكفالة بالنفس قد صحت فتصح الكفالة بالمال ايضا لانها مبنية عليها ولانه لما جعل التزاما لما عليه يصح والا فلا فيجعل تصحيحا لتصرفه ولو كفل رجل بنفس رجل على انه ان لم يواف به يوم كذا فعليه ما للطالب على فلان اخر جاز ذلك استحسانا وهو قول محمد رحمه الله وفي القياس لا يجوز وهو قول ابي يوسف ذكره قاضي خان وفي المحيط جعل الخلاف بالعكس وجعل ابي حنيفة مع ابي يوسف **قال** رحمه الله ولا يجبر على الكفالة بالنفس في حد وقود وهذا عند ابي حنيفة وقالا يجبر في حد القذف والقصاص وفي غيرهما من الحدود لا يجبر ولو سمحت به نفسه من غير طلب يجوز بالاتفاق لهما ان الكفالة بالنفس شرعت لتسليم النفس وتسليم النفس واجب على الاصيل هنا فصحت الكفالة به كما في دعوى المال بخلاف الحدود الخالصة لانها محض حق الله تعالى والكفالة شرعت وثيقة لصاحب الحق وكلا يفوت حقه والله تعالى غني عنه وبخلاف نفس الحد والقصاص حيث لا يجوز به اجماعا لانه لا يمكن استيفاؤه من الكفيل فلا يشرع وله قوله عليه السلام لا كفالة في حد مطلقا ولان الكفالة للاستيثاق ومبناهما على الدرء فالاجبار على اعطا الكفيل فيهما يفضي الى فساد الوضع بخلاف سائر الحقوق لانها لا تسقط بالشبهات ولو اعطى بنفسه الكفيل من غير طلب فيهما جاز بالاجماع لان تسليم النفس مستحق على الاصيل فتصح الكفالة به بخلاف غيرهما من الحدود والحق الشرعي حد السرقة بها في جواز الكفيل بنفس من عليه بالاجماع وفي الاجبار عليه عندهما وانه حيلة للنهيه لان الدعوى شرط فيه كما شرط فيهما والمدعي يحتاج الى ان يجمع بين شهوده ومطلوبه فربما يخفى

المطلوب

المطلوب نفسه فيستوثق بكفيل بخلاف غيرها من الحدود لان الدعوى ليس شرطا فيها ولا يجب عليه حضور مجلس الحاكم بسبب الدعوى اذ لا تسمع دعوى احد فيها فلا تجوز الكفالة بها اصلا وان طابت به نفسه وسمحت فاذا لم يكفل عنه يلازمه الى ان يقوم القاضي من مجلسه فان اقام البينة فيهما والا خلي سبيله وتفسير الجبر عندهما هنا ان يجبر بالحبس وغيره من العقوبة لكن يأمر بالملازمة فيدور معه حيث دار واذا اراد دخول داره استأذنه فان اذن له دخل معه وان لم يأذن له منعه من الدخول واجلسه في باب الدار كيلا يغيب بالخروج من موضع اخر **قال** رحمه الله ولا يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان مستوران او عدل اي لا يحبس في الحدود والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران او واحد عدل يعرفه القاضي بالعدالة لان الحبس هنا للتهمة الفساد وشهادة المستورين تصلح للحكم به فتصلح للتهمة وخبر الواحد حجة في الديانات والمعاملات فيثبت بشهادة العدل التهمة وان لم يثبت به اصل الحق والحبس بتهمة الفساد مشروع لانه عليه السلام حبس رجلا بتهمة بخلاف دعوى الاموال حيث لا يحبس فيه ما لم يثبت فيه لانه نهاية العقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة تامة كالحد نفسه وعنهما انه لا يحبس في الحدود والقصاص ايضا لحصول المقصود وهو الاستيثاق بالكفالة **قال** رحمه الله وبالمال ولو مجهولا اذا كان دينا صحيحا بكفلت عنه بالف وبما لك عليه وبما يدركك في هذا البيع وبما بايعت فلانا فعلي وبما ذاب لك عليه فعلي وبما غصبك فلان اي تصح الكفالة بالمال ولو كان المكفول به مجهولا بقوله كفلت لان الكفالة مشروعة فيه عليه اجماع الامة وهي مبنية على التوسع فيتحمل فيها الجهالة اليسيرة وغيرها تعذر ان يكون متعارفا وعلى الكفالة بالدرك انعقد الاجماع مع انه لا يعلم كم قدر يستحق من المبيع وكفى به حجة وشرطه ان يكون دينا صحيحا كما ذكر لانه اذا لم يكن الدين صحيحا كبدل الكتابة لا تجوز الكفالة به وتجوز الكفالة بالشجة وقطع الاطراف اذا لم تكن موجبة للقصاص لان الارش دين صحيح لا يسقط بالموت بخلاف الكتابة فانه ليس بدين صحيح الا ترى ان المكاتب يملك اسقاطه **قال** رحمه الله وطالب الكفيل او المديون الا اذا شرط البراءة فحينئذ تكون حوالة كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل كفالة اي الطالب بالخيار ان شاء طالب الكفيل وان شاء طالب الاصيل وكذا له ان يطالبهما معا لانه موجب الكفالة اذ هي تنبئ عن الضم وذلك يقتضي بقاء الاول لا البراءة الا اذا شرط براءة الاصيل فحينئذ تكون حوالة

فلا يطالب الاصيل كما اذا احال بشرط ان لا يبرأ المحيل فله ان يطالبه لما
عرف ان العبرة للمعاني لا لمجرد اللفظ قال رحمه الله ولو طالب احدهما
له ان يطالب الاخر لما ذكرنا بخلاف المغصوب منه اذا اختار احد الغاصبين
لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه عند قضاء القاضي به فلا يمكنه
التمليك من الاخر بعد ذلك واما المطالبة بالكفالة لا تقتضيه ما لم
يوجد منه حقيقة الاستيفاء قال رحمه الله ويصح تعليق الكفالة بشرط
ملائم كشرط وجوب الحق كان استحق المبيع او لامكان الاستيفاء كان قدم زيد
وهو مكفول عنه او لتعذره كان غاب عن المصر اي يجوز تعليق الكفالة بشروط
ملائمة لمطلق الشرط والملائمة تثبت بكون الشرط سببا لوجوبه كقوله
ان استحق المبيع فعلي الثمن او بكونه ممكنا من الاستيفاء كقوله ان قدم زيد فانا
فعلي ما عليه من الدين او بكونه سببا لتعذر الاستيفاء منه كقوله ان غاب زيد
فعلي ما عليه من الدين فهذه جملة الشروط التي يجوز تعليق الكفالة بها
والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم فوجه التمسك
بالاية انه علق الكفالة بالشرط وذلك الشرط سبب لوجوب الحمل على المجيء
بالصاع وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم تنسخ ولا ينافي الكفيل من يكون
ضامنا عن غيره وهذا الكفيل ضامن عن نفسه لانه هو الذي يجب عليه الاجر
لانا نقول امكن حمل الاية على الكفالة بان يكون رسولا من جهة الملك والرسول
سفير فلا يجب عليه الاحكام كان يقول ان الملك قال لمن جاء به حمل بعير ثم
يقول هو من جهته وانا بذلك الحمل الذي على الملك كفيل ولا يقال ان الاية
تدل على ان الكفالة المجهولة جائزة وانتم لا تقولون به فلم يبق حجة لانا
نقول جاز ان تنسخ من هذا الوجه ويبقى معمولا بها من جهة التعليق لاجماع
الامة على ان ضمان الدرك جائز ولو كان منسوخا لما جاز ثم الاصل فيه ان الجهالة
في المال المكفول به لا يمنع صحة الكفالة كقوله ما غصبك فلان فعلي وجهالة
المكفول له او المكفول عنه تمنع حتى لو قال من غصبك من الناس او بايعك او
قتلك فانا كفيل لك عنه او قال من غصبته انت او قتلته فانا كفيل
له عنك لا يجوز الا اذا كانت الجهالة في المكفول عنه يسيرة مثل ان يقول
كفلت لك بما لك على احد هذين حينئذ يجوز فالتعيين الى المكفول له لانه
صاحب الحق قال رحمه الله ولا تصح بنحو ان هبت الريح فان جعل اجلا فتصح
الكفالة ويجب المال حالا لا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ونحوه كنزول
المطر فان علق به تصح الكفالة ويجب المال حالا هكذا ذكره في الهداية
والكافي وهذا سهو فان الحكم فيه اذا التعليق يصح ولا يلزمه المال لان

الشرط

الشرط غير ملائم فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملائم ذكره قاضي
خان وغيره ولو جعل الاجل في الكفالة الى هبوب الريح لا يصح التاجيل
ويجب المال حالا وكذلك الكفالة بالنفس يجوز تعليقها بشرط ملائم كالكفالة
بالمال في جميع ما ذكرنا ولا يجوز تعليقها بشرط غير ملائم ويجوز تاجيلها الى اجل معلوم
والجهالة اليسيرة فيها محتملة كالتاجيل الى الافطار وقدوم الحاج ولا يجوز الى
هبوب او نزول المطر فان اجله اليه بطل الاجل ولزمه تسليم النفس حالا اه
قال رحمه الله فان كفل بما له عليه فبرهن على الف لزمه يعني اذا تكفل
رجلا بما له على فلان فاقام الطالب البينة على ان له عليه الف درهم لزم الكفيل
لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا وان لم يقم فلا يجب عليه شيء لان قول
الطالب لا يكون حجة على المطلوب وهو المكفول عنه ولا على الكفيل لانه مدعي
فلا يقبل قوله الا ببينة قال رحمه الله والا صدق الكفيل فيما اقر بحلفه
ولا ينفذ قول المطلوب على الكفيل يعني اذا اقر الكفيل بشيء والمسئلة بحالها
وادعى الطالب اكثر من ذلك كان القول قول الكفيل لانه منكر ولو اقر المكفول
عنه باكثر من ذلك لا ينفذ قوله على الكفيل لعدم ولايته عليه لان الاقرار على الغير
لا ينفذ الا اذا كان عن ولايته وهذا بخلاف ما اذا قال ما ذاب لك على فلان فعلي
فاقر فلان على نفسه بالف مثلا فانكر الكفيل ما اقر به حيث يلزمه ما اقر به المطلوب
استحسانا والقياس ان لا يلزمه شيء الا ببينة وجهه انه لو تكفل بما تقرر له عليه
في المستقبل وقد تقرر عليه باقراره وهذا لانه تكفل بما سيجب له عليه فيشترط
الوجوب عليه فيما ياتي باي طريق كان وفي مسئلة الكتاب تكفل بما عليه من الدين
في الحال فاذا اخبر الطالب او المطلوب بما عليه كان منهما فلا يصدق فيما لم
يقم البينة ويصدق المطلوب في حق نفسه لاقراره عليه كالمريض اذا اقر
بدين يرد اقراره في حق غرماء الصحة ويقبل في حق نفسه حتى اذا فضل شيء من
غرماء الصحة كان للمقر له قال رحمه الله فان كفل بامره رجع بما ادى عليه
لانه قضى دينه بامره معناه اذا ادى ما ضمن وكان المكفول عنه غير صبي محجور
عليه وغير عبد محجور عليه اما اذا ادى خلافه بان كان الدين المكفول به
جيدا فادى زيوفا او بالعكس يرجع بالمال المكفول به لا بما ادى لانه ملك
الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث بان مات
الطالب والكفيل وارثه او وهبه له حال حياته وهي جائزة للكفيل وان
كانت لا تجوز لغير من عليه الدين لانه ينقل الدين اليه مقتضى الهبة ضرورة
او لتنقله بالحوالة او يجعل كسبب للضرورة او نقول يوجه عليه للضرورة
فلا يجب عليه ان يسامح الاصيل بخلاف المامور بقضاء الدين حيث يرجع بما

ادى ان ادى اردى من الدين وان ادى اجود منه لا يرجع الا بالدين لانه لم يلزم
ولم يجب عليه شيء في ذمته وانما ثبت له حق الرجوع بالاداء بامره ولهذا لو وهب
له الدين لا يملكه فيرجع عليه بما ادى ما لم يخالف امره بالزيادة وبالاداء احتسب
وبخلاف ما اذا صالح على اقل من الدين وهو من جنسه حيث لا يرجع الا بقدر ما
ادى لان الصلح على الاقل ابراء فيكون ابراء عنه لا تمليكا الا اذا صالحه على ان
يهبه الباقي فحينئذ يرجع عليه بجميعه لانه ملك الدين كله بعضه بالاداء
وبعضه بالهبة واما اذا تكفل بامر الصبي او العبد المحجور عليهما فلان الامر
بالكفالة استقراض منه من المامور واستقراضهما لا يصح ولا يوجب الضمان فانما
لزم الكفيل المال بالتزامه لان صحة الكفالة تعتمد التزامه باختياره لا الامر
الامر بخلاف الصبي والعبد المأذون لهما لان امرهما بالكفالة بالمال والنفس
صحيح وان لم يكن لهما ان يتكفلا عن احد لكونه تبرعا فيرجع عليهما الكفيل **قال**
رحمه الله وان كفل بغير امره لم يرجع لانه متبرع بادائه عنه وفيه خلاف مالك **قال**
رحمه الله ولا يطالب الاصيل بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه التزم المطالبة
وانما يملك الدين بالاداء فلا يرجع قبل التملك بخلاف الوكيل بالشراء حيث
يرجع قبل الاداء لان الوكيل من الموكل فينزل منزلة البائع من المشتري فيما
يرجع الى الحقوق لما انه انعقد بينهما مبادلة حكمية حتى لو اختلفا في مقدار الثمن
تحالفا وكان للوكيل ولاية حبس المبيع عن الموكل الى ان يوفي الثمن كما كان للبائع
اذ هو استفاد الملك من جهته فكذا له ان يطالبه بالثمن قبل ان يؤدي كما كان
للمشتري ان يطالب المشتري منه اذا باع المبيع قبل ان يوفي الثمن الى البائع
قال رحمه الله فان لوزم لازمه اي ان لوزم الكفيل من جهة الطالب
لازم هو الاصيل حتى يخلصه وكذا اذا حبس له ان يحبسه لانه هو الذي ادخله
في هذه العهدة ولحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله حتى يخلصه من ذلك او
تخليصه واجب عليه **قال** رحمه الله ويبرأ باداء الاصيل اي برئ الكفيل
لانه ليس عليه دين في الصحيح وانما عليه المطالبة فقط ولا يتخيل ان يبقى
المطالبة بدون الدين **قال** رحمه الله ولو ابرأ الاصيل او اخر عنه برئ
الكفيل وتأخر عنه اي لو ابرأ الطالب الاصيل او اجل دينه برئ الكفيل
وتأجل الدين في حقه ايضا لما ذكرنا انه ليس عليه الا المطالبة وهي تبع
للدين فيسقط بسقوطه ويتأخر بتأخره بخلاف ما اذا تكفل بشرط براءة الاصيل
ابتداء حيث يبرأ الاصيل وحده دون الكفيل لان الكفالة فيه صارت عبارة
عن الحوالة مجازا واللفظ اذا اريد به المجاز سقطت الحقيقة فصار الكفيل
محالا عليه وبراءة المحيل لا توجب براءته على انه لا يبرأ المحيل عن الدين فيها

في

في رواية ولا احكام تشهد به الا ترى انه اذا توي يرجع عليه واذا مات المحيل
كان المحتال اسوة الغرماء في مال المحال به كأنه مات وعليه دين له ولغيره
تحققه ان الدين لم يسقط بالاتفاق وانما تحول من ذمة الى ذمة اما الدين او
المطالبة على اختلاف الروايتين وذلك لا يوجب سقوطه ولا سقوط تبعه فلا
يرد علينا اصلا **قال** رحمه الله ولا ينعكس اي براءة الكفيل لا توجب براءة
الاصيل ولا تأخيره عنه يوجب التأخير عن الاصيل لان الكفيل ليس عليه
دين على ما بينا واسقاط المطالبة او تأخيرها لا يوجب سقوط الدين ولا تأخيره
الا ترى ان الدين يوجد بدونه ابتداء فكذا بقاء بخلاف ما اذا تكفل بالمال
الحال مؤجلا الى شهر مثلا حيث يتأجل عن الاصيل ايضا لانه لا مطالبة له على الكفيل
حال وجود الكفالة فانصرف الاجل الى الدين **قال** رحمه الله ولو صالح
احدهما رب الدين المال عن الف على نصفه برئ اي صالح الاصيل او الكفيل
الطالب على خمسمائة عن الالف التي عليه برئ الكفيل والاصيل اما اذا صالح
الاصيل فظاهر لانه بالصلح برئ هو وبراءته توجب براءة الكفيل على ما بينا
واما اذا صالح الكفيل فلان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل
لان الكفيل ليس عليه دين وانما عليه المطالبة على ما بينا فيبرأ الاصيل عن
الدين ضرورة اضافة الصلح الى الالف فبراءته توجب براءة الكفيل على ما بينا
واما اذا صالح الكفيل فلان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل
لان الكفيل ليس عليه دين وانما عليه المطالبة على ما بينا فيبرأ الاصيل عن الدين
ضرورة اضافة الصلح الى الالف فبراءته توجب براءة الكفيل على ما بينا فاذا برئا
عن خمسمائة بصلح احدهما ايهما كان فاذا ادى الكفيل الخمسمائة الباقية
رجع على الاصيل بها ان كان بامره والا فلا يرجع لما عرف ثم هذه المسألة على
اربعة اوجه اما ان يذكرا في الصلح براءتهما فيبرآن جميعا او براءة الاصيل
فكذلك الحكم او لم يشترط شيئا فكذلك ايضا او شرط ان يبرأ الاصيل **قال**
رحمه الله وان قال الطالب للكفيل برئت الي من المال رجع على المطلوب اي
الكفيل رجع على المكفول عنه لان هذا اقرار منه بالقبض من الكفيل لان البراءة
التي يكون ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء
منه فصار كانه قال دفعت الي او نقدت او قبضته منك فيرجع اليه ولا يرجع
الطالب على واحد منهما لاقراره بالاستيفاء من الكفيل **قال** رحمه الله وفي
برئت او ابرأتك لا اي في قوله للكفيل برئت او ابرأتك لا يرجع الكفيل على الاصيل
لانه لم يقر بالاستيفاء منه لان قوله برئت من غير ان يقول الي يحتمل انه برئ
بابرائه ويحتمل انه برئ بالاداء فلا يثبت له الرجوع بالشك وهذا عند محمد

وقال ابو يوسف يرجع عليه لانه لا يحتمل الا البراءة بالقبض لانه اقر ببراءة ابتداؤها
من المطلوب لانه نسب البراءة اليه ولا يقدر المطلوب ان يبرأ الا بالاداء بان
يضع المال بين يديه ويخلي بينه وبين المال فيبرأ بذلك وان لم يوجد من الطالب
صنع ولهذا لو كتب وقال برئ الكفيل من المال يكون اقرارا منه بالقبض اجماعا
فكذا هذا الا ان فرق بينهما من حيث اللفظ وفرق محمد بينهما ان الصك لا يكتب
عادة الا اذا كانت البراءة بالايفاء وان كانت بالابراء لا يكتب وقوله ابرأتك
ابتداء اسقاط لا اقرار منه بالقبض الا ترى انه كيف نسب الفعل الى نفسه
والكفيل لا يملك الدين بالابراء فلا يرجع به على الاصيل بخلاف ما اذا ادى او وهبه
الطالب على ما مر وبخلاف الوكيل بالشرا اذا ابراه البايع عن الثمن حيث يرجع
به على الموكل لملكه ما في ذمته وهذا كله اذا كان الطالب غايبا وان كان
حاضرا يرجع اليه في بيانه في الكل اوفاه او ابراه لتزول الاحتمال ويثبت حكمه
قال رحمه الله وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لان في الابرا
معنى التمليك كالابراء عن الدين وهذا على قول من يقول بثبوت الدين على
الكفيل وكذا على قول من يقول بثبوت المطالبة لا غير لان فيها تمليك المطالبة
وهي كالدين لانها وسيلة اليه والتمليك لا يحتمل التعليق بالشرط وقيل
يصح لان الثابت فيها على الكفيل المطالبة وهي كالدين في الصحيح فكان
اسقاطا محضا كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد ابراء الكفيل بالرد لان
الاسقاط يتم بالمسقط بخلاف التاخير عن الكفيل حيث يرتد بالرد لانه ليس
باسقاط بل هو خالص حق المطلوب فيرتد بالرد وبخلاف الابراء عن الدين
لان فيه معنى التمليك قال رحمه الله والكفالة بحد وقود ومبيع
ومرهون وامانة يعني الكفالة بهذه الاشيا باطلة اما الكفالة باستيفا
الحد والقصاص فلان الكفالة انما تصح بمضمون تجري النيابة في ايفائه
ولا تجري النيابة في العقوبات لان المقصود من شرعها الزجر عن الفساد
فلا يمكن اقامتها على غير الجاني لعدم الفائدة واما الكفالة بالمبيع والمرهون
والامانات كلها فلان الكفالة من شرط صحتها ان يكون المكفول به مضمونا
على الاصيل بحيث لا يمكنه ان يخرج عنه الا بدفعه او دفع بدله لان الكفالة
التزام المطالبة بما على الاصيل فلا بد ان يكون واجبا على الاصيل ومضمونا
عليه حتى يتحقق معنى الضم والمبيع قبل القبض ليس بمضمون بنفسه وانما هو
مضمون بالثمن الا ترى انه لو هلك لا يجب عليه شي بل ينفسخ البيع والرهن
غير مضمون عليه بنفسه وانما يسقط دينه اذا هلك فلا يمكن ايجاب الضمان
على الكفيل وهو ليس بواجب على الاصيل وكذا الامانة ليست بمضمونة

لا عينها ولا تسليمها وهي كالودايع والمضاربات والشركات فلا يمكن جعلها
مضمونة على الكفيل فلا تصح الكفالة بها قال رحمه الله وصح لو ثمنا
ومغصوبا ومقبوضا على سوم الشرا او مبيعا فاسدا يعني ان كان ثمن المبيع
يجوز الى اخره لان الثمن دين صحيح مضمون على المشتري والمغصوب والمقبوض
على سوم الشرا والمبيع في البيع الفاسد مضمون عليه حتى اذا هلكت عنده
يجب الضمان عليه اذ القيمة تقوم مقامه فامكن ايجابه على الكفيل بخلاف
الاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع والمرهون وبخلاف الامانات على ما
تقدم ويجوز في الكل ان يتكفل بتسليم العين سوا كانت مضمونة او امانة
لان تسليم العين واجب على الاصيل فامكن التزامه فصار نظير الكفيل بالنفس
لانه ما دام قايما فانه يجب عليه تسليمه وان هلك يبرأ كالكفالة بالنفس
وقيل ان كان تسليمه واجبا على الاصيل كالعارية والاجارة جازت الكفالة
بتسليمه وان كان غير واجب كالوديعة لا تجوز الكفالة بتسليمه لان التسليم
غير واجب عليه فلا يمكن ايجابه على الكفيل قال رحمه الله وحمل دابة
معينة مستاجرة وخدمة عبد استاجر للخدمة يعني لا يجوز الكفالة بالحمل
فيما اذا استاجر دابة معينة للحمل عليها ولا بالخدمة فيما اذا استاجر عبدا
للخدمة لان من شرطها ان يكون قادرا على التسليم وهنا لا يقدر لانه
يستحق عليه الحمل على دابة معينة والكفيل لو اعطى دابة من عنده لا يستحق
الاجرة لانه اتى بغير المعقود عليه الا ترى ان الموجر لو حمله على دابة
اخرى لا يستحق الاجرة فصار عاجزا ضرورة وكذا العبد للخدمة بخلاف
ما اذا كانت الدابة غير معينة لانا نستحق على الموجر الحمل والكفيل يقدر
على ذلك على دابة نفسه ولو تكفل بتسليم الدابة فيما اذا كانت معينة
جاز لما ذكرنا في المبيع قال رحمه الله وبلا قبول الطالب في مجلس
العقد يعني لا تصح الكفالة بلا قبول المكفول له في مجلس العقد وقال
ابو يوسف تصح والخلاف في الكفالة بالنفس والمال سوا وقيل عنده يشترط
القبول لكنه لا يشترط في المجلس بل اذا بلغه بعد القيام من المجلس فاجاز
جاز ذكر قوله في المبسوط في موضعين فشرط الاجازة في احدهما دون الاخر
وجه قوله الاول ان الكفالة التزام مطالبة من غير ان يجب بمقابلة على
غيره شي فتصح كالاقرار وهذا لانه تصرف التزام في ذمته وله عليها ولاية
ولا ضرر على الطالب فيه فيتم به وحده كالنذر وجه قوله الثاني انه
تصرف للغير فيتوقف على رضاه كساير العقود وعبارة الواحد عندنا تقوم
مقام عبارتين وان كان فضوليا كما في نكاح الفضولي فانه ينعقد عنده

الاذن بعبارة واحدة فكذا عند عدم الاذن وانما تاثير الاذن عندهما في اللزوم
دون الانعقاد الا ترى ان البيع لما كان ينعقد عند الاذن بعبارتين
كان كذلك في الفضولي ولهما انه عقد تمليك فشطره لا يتوقف على ما وراء
المجلس كسائر العقود لانه تبرع على الطالب بالالتزام وانشاء سبب التبرع
لا يتم بالمتبرع ما لم يقبله المتبرع عليه كالهبة والصدقة ولا يمكن جعل
عبارته قائما مقام عبارتين حتى يكون قبول الآخر لعدم ولايته عليه
فتمحض الالغاء ولانه قد يكون ضررا عليه بان يرافعه الاصيل الى من يرى
براءته من القضاة بالكفالة لان العلماء مختلفون فيها فيعود ضررا عليه
فلا يصح بدون قبوله بخلاف الاقرار لانه ليس بعقد وانما اخبار عن شيء
واقع فيقبل فيه قوله في حق نفسه اذا لم يتضمن ضررا باحد قال رحمه
الله الا ان تكفل وارث المريض عنه يعني لا تجوز الكفالة الا بقبول المكفول
له في المجلس عندهما الا في مسئلة واحدة وهي ان يقول المريض لورثته
او لبعضهم تكفلوا عني بما علي من الدين لغرمائي فيكفلوا عنه مع غيبة الغرماء
فانه جائز استحسانا وان كان القياس يأباه على قولهما اذ لا يتم الا بالقبول
فصار كما لو قال ذلك في حالة الصحة وجه الاستحسان انه وصية
منه لورثته بان يقضوا دينه ولهذا يصح وان لم يسم المريض الدين وغرماءه
لان الجهالة لا تمنع صحة الوصية ولهذا قالوا لا يصح اذا لم يخلف مالا ولان
المريض في هذا الخطاب قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته
بقضاء الدين من تركته وهذا لانه لما تعلق فيه حق الغرماء والورثة بماله
صار كالاجنبي عن ماله حتى لا ينفذ تصرفاته وتوجهت المطالبة على الورثة
بقضاء ديونه من التركة فقام المطلوب في هذا الخطاب مقام الطالب
او نائبه لان الطالب قال اضمن عن فلان او كانه حضر وقبل وانما يصح بمجرد
الطلب ولا يحتاج فيه الى القبول لان قوله تكفلوا عني لا يراد به المساومة
في هذه الحالة وانما يراد به تحقيق الكفالة فصار كالامر بالنكاح وفيما
اذا قال المريض ذلك للاجنبي لالتماسه فقيل لا يجوز لان الاجنبي غير
مطالب بدينه بدون الالتزام فكان المريض في حقه والصحيح سواء وقيل
يصح لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بامره يرجع
به في تركته فيصح هذا من المريض على ان يجعل قائما مقام الطالب لتضيق
الحال عليه لكونه على شرف الهلاك ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فيؤخذ
فيه بالقياس قال رحمه الله وعن ميت مفلس يعني لا تجوز الكفالة عن ميت
لم يترك مالا وعليه ديون وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد

يجوز لما روي انه عليه السلام اتي بجنازة رجل من الانصار فسأل هل عليه دين قالوا
نعم درهمان او ديناران فامتنع من الصلاة فقال صلوا على صاحبكم فقام ابو
فقال هما علي يا رسول الله وفي رواية قال ذلك علي فصلى عليه صلى الله عليه وسلم
ولان الدين واجب عليه في حياته وهو لا يسقط الا بالايفاء او الابراء او انفساخ
سبب الوجوب ولم يوجد شيء من ذلك فلا يسقط ولهذا يبقى في حكم الآخرة ولو تبرع
به صح ولو لم يكن عليه دين لما جاز للطالب اخذه من المتبرع وكذا يبقى اذا كان
به كفيل او ترك مالا وله انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة
يقال وجب عليه الدين اي اداؤه كما يقال وجب عليه الصلاة ويراد به الاداء
والاداء لا يتصور من الميت فسقط سواء كان له مال او لم يكن له مال في حق احكام الدنيا
ليصح تحقيق معنى الكفالة وهو ضم الذمة الى الذمة في حق وجوب المطالبة والمطالبة
ساقطة عن الاصيل فلا يمكن ايجابها على الكفيل تبعا اذ لا يضم الموجود الى
المعدوم الا انه في الحكم مال لانه يؤول اليه اذ الوجوب لاجله وقد عجز عن الاداء
بنفسه وبخلفه من المال والكفيل ففات المقصود وهو الاستيفاء فلا يبقى والتبرع
لا يعتمد قيام الدين لانه باق في حق الآخرة ولان الدين باق في حق الطالب لانه
امر بينهما واما الكفالة فامر بين الكفيل والاصيل لانه التزم ما على الاصيل
وما رواه كان اقرارا منه بانه كان كفيلا عنه قبل الموت ويحتمل ان يكون
وعدا منه لا كفالة فحاصله انه حكاية حال فلا يمكن الاحتجاج به ولا يقال
لو سقط الدين لبرئ الكفيل لان براءته توجب براءة الكفيل فما برئ علم ان عليه
دينا فيجوز ابتداء الكفالة به ايضا لانا نقول الكفيل خلف عنه فلا يبرأ او
نقول الدين في حق الطالب لا يسقط لان سقوطه ضروري فلا يتعدى ه
المطلوب قال رحمه الله وبالثمن للموكل ولرب المال به اي لا تجوز الكفالة
بالثمن للموكل ولا لرب المال معناه اذا وكل رجل رجلا ببيع شيء فباعه الوكيل
ثم ضمن الثمن للموكل عن المشتري او ضمن مضارب لرب المال ثمن متاع باعه من المشتري
لم يجز لان حق القبض الى الوكيل والمضارب لجهة الاصالة في البيع ولهذا لا يبطل
بموت الموكل او بموت رب المال ويعزله ولو وكل الموكل او رب المال بقبض الثمن
ثم عزله صح عزله لان الثمن وجب للموكل او للمضارب على المشتري اذ حقوق العقد
راجعة الى العاقد وكذا المضارب لو وكل رب المال بقبض الثمن له عزله لانه
العاقد فترجع الحقوق اليه والعاقد لغيره في حق الحقوق كالعاقد لنفسه
ولهذا اختصت المطالبة به ولو حلف المشتري ما للموكل عليه شيء كان بارا في
يمينه ولو حلف ما للوكيل عليه شيء حنث فاذا ثبت ان الوكيل اصيل في القبض
فاذا ضمن صار ضامنا لنفسه فلا يجوز بخلاف الرسول والوكيل ببيع الغنائم

من جهة الامام والوكيل بالتزويج حيث يصح ضمانهم بالثمن والمهر لان كل واحد منهم سفير ومعبر حتى لو نهاهم الآمر عن قبض البدل صح نهيه ولانهما امينان في الثمن شرعا واشتراط الضمان عليهما يغير حكم الشرع فلا يجوز فصار نظير من سلم في آخر صلاته يريد به قطع الصلاة وعليه سجود السهو فانه يرد عليه قصده حتى كان له ان يسجد للسهو ما لم يفعل منافيا للصلاة قال رحمه الله وللشريك اذا بيع عبد صفقة اي اذا باع رجلان عبدا مشتركا بينهما من رجل صفقة واحدة وضمن احدهما لشريكه نصيبه من الثمن لا يجوز ضمانه لنفسه لانه ضامن جزا يؤديه المشتري او الكفيل من الثمن الا ولشريكه فيه نصيب ولانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض وانه لا يجوز اذ القسمة عبارة عن الافراز والحيازة وهو ان يصير حق كل واحد منهما مقدرا في حيز على حدة وذا لا يتصور في الدين لان الفعل الحسي يستدعي محلا حسيا والدين حكمي فلا يرد عليه الفعل الحسي فاذا لم تصح قسمته يكون كل شي يؤديه الى شريكه مشتركا بينهما فيرجع المؤدى بنصف ما ادى لكونه مشتركا بينهما ثم يرجع ايضا بنصفه الباقي الى ان لا يبقى شي فيؤدي الى ان يكون ابتدا الى ابطاله انتهاء بخلاف ما اذا باعه صفقتين بان سمى كل واحد منهما ثمنا متميزا عن الآخر فلا شركة الا ترى ان المشتري لو قبل نصيب صاحبه ورد نصيب الآخر صح وكذا لو قبل الكل ونقد حصة احدهما للناقد قبض نصيبه ولهذا لو استوفى احدهما نصيبه الآخر صح من المشتري او بعضه لا يشاركه فيه الآخر وفي الفصل الاول يشاركه ولو تبرع بالاداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز لان التبرع لا يتم الا بالاداء وعند الاداء يصير مسقطا حقه في المشاركة فيصح وامتناع الكفالة لا يدل على امتناع التبرع الا ترى ان الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز ويجوز التبرع قال رحمه الله وبالعهدة اي لا يجوز الكفالة بالعهدة وصورتها ان يشتري عبدا من رجل مثلا فيضمن للمشتري رجل بالعهدة وانما لا يجوز لان العهدة اسم مشترك قد يقع على الصك القديم لانه وثيقة بمنزلة كتاب العهدة وهو ملك البايع ولا يلزمه التسليم فاذا ضمن تسليمه الى المشتري فقد ضمن ما لا يقدر عليه فلا يصح ويطلق على العقد لانها ماخوذة من العهد والعقد والعهد واحد وعلى حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وعلى الدرك وعلى خيار الشرط ففي الخبر عهدة الرقيق ثلاثة ايام اي خيار الشرط فيه فتعذر العمل بها قبل البيان فبطل الضمان للجهالة بخلاف الدرك فان ضمانه صحيح لانه عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وهو معلوم مقدور التسليم ولايضا ينبغي ان يصرف الى ما يجوز الضمان به وهو

الدرك

الدرك تصحيحا لتصرفه لانا نقول فراغ الذمة اصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال قال رحمه الله والخلاص اي لا يجوز الكفالة بالخلاص وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يجوز لان تفسيره عندهما تخليص المبيع ان قدر عليه ورد الثمن ان لم يقدر عليه وهذا ضمان الدرك في المعنى وابو حنيفة يقول تفسيره تخليص المبيع لا محالة وهو لا يقدر على ذلك لان المستحق لا يمكنه منه ولو ضمن تخليص المبيع او رد الثمن جاز لانه ضمن ما يمكنه الوفا به وهو تسليم المبيع ان اجاز المستحق البيع او رد الثمن ان لم يجز قال رحمه الله ومال الكتابة اي لا يجوز الكفالة بمال الكتابة لانه دين ثبت مع المنافي وهو دين المولى على مملوكه فلا يظهر في حق الكفالة ولانه مخير بين ان يعجز نفسه وبين ان لا يفعل فلا يمكن ايجابه على الكفيل على هذه الصفة لعدم الفايدة واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان شرطه الاتحاد ولزم على الاصيل اذا امكن المولى من وجه والكفيل لا يجد هذا المال وهذا كالمكاتب اذا اعتق يبرا عن بدل الكتابة لانه عليه اذا مال هو ملك المولى من وجه ولا يجد ذلك بعد العتق ولا يمكن ايجاب الزيادة عليه والله اعلم قال رحمه الله ولو اعطى المطلوب الكفيل قبل ان يعطي الكفيل الطالب لا يسترده منه اي لو قضى المكفول عنه الدين للكفيل قبل ان يعطي الكفيل للمكفول له ليس للمكفول عنه ان يسترده منه لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضايه الدين فلا يسترجع منه ما دام هذا الاحتمال باقيا كمن عجل الزكاة ودفعها الى الساعي وكمن اشترى شيئا بشرط الخيار ونقد الثمن قبل مضي مدة الخيار ثم اراد ان يسترد قبل نقض المبيع ليس له ذلك لان الدفع كان لغرض وهو ان يصير زكاة وثمنا عند مضي الحول ومضي مدة الخيار فما دام هذا الاحتمال قايما لا يسترده ولانه ملكه بالقبض لان المطلوب دفعه اليه على وجه القضا واخذه الكفيل على وجه الاقتضا بان قال له وقت الدفع اني لا آمن ان ياخذ الطالب حقه منك فانا اقضيك المال قبل ان تؤديه بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بان قال الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفعه الى الطالب حيث لا يصير المؤدى ملكا للكفيل بل هو امانة في يده لكن لا يكون للاصيل ان يسترده من يد الكفيل لانه تعلق بالمؤدى حق الطالب وهو بالاسترداد يريد ابطاله فلا يمكن منه ما لم ينقض بنفسه كالمسالة الاولى ولانه بالكفالة وجب للكفيل على المطلوب حق كما وجب على الكفيل للطالب ولهذا لو اخذ الكفيل من الاصيل رهنا به جاز وكذا ابرا الكفيل الاصيل عن هذا الدين او وهبه له قبل ان يدفع الى الطالب جاز حتى لو ادى عنه بعد ذلك لا يرجع عليه

حتى يودي عنه فصار كنظير الدين المؤجل فانه بالاستعجال يملك فكذا هذا ثم باي سبب زاد
يكون نقضا لما تم من جهته فلا يمكن نقضه **قال** رحمه الله وما ربح الكفيل له اي
اذا ربح الكفيل بالمال الذي قبضه من المطلوب قبل ان يعطي هو للطالب طاب
له الربح لانه ملكه بالقبض فكان الربح بدل ملكه ولا يتصدق به سوا قضى الدين
هو او الاصيل لانه بالكفالة وجب له على الاصيل دين لانه تاخر مطالبته حتى يودي
فنزل منزلة الدين المؤجل فيملكه بالقبض على ما بينا الا ان فيه نوع خبث اذا
قضى الاصيل الدين عند ابي حنيفة لما نذكر فلا يعمل فيما لا يتعين على ما بينا في البيوع
وان قضى الكفيل فلا خبث فيه بالاجماع هذا اذا قبضه على وجه الاقتضا وان
قبضه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح على قول ابي حنيفة ومحمد لعدم الملك وعلى
قول ابي يوسف يطيب لعدم التعيين واصل الخلاف في الدراهم المغصوبة
قال رحمه الله وندب رده على المطلوب لو شيئا يتعين بتعينه يستحب لانه
اقتضاه قاصرا الا ترى ان المكفول عنه بسبيل من قضا دينه واسترداده
العين المقبوضة فلا يخلو عن الشبهة فاذا لم يطب له يتصدق في رواية على
الفقرا وفي رواية يرده على الاصيل لان الكراهة لحقه ثم ان كان الاصيل
فقيرا تطيب له وان كان غنيا ففيه روايتان والاشبه ان تطيب له هذا
اذا اعطاه على وجه القضا لدينه وان دفع اليه على وجه الرسالة لا تطيب
له الربح بالاتفاق لانه لا يملكه ويتعلق العقد بعينه لتعينه فيكون الخبث
فيه حقيقة كالمغصوب المتعين اذا ربح فيه بخلاف ما لا يتعين عند ابي يوسف
وقد بيناه من قبل **قال** رحمه الله ولو امر كفيله ان يتعين عليه حريرا ففعل
فالشرا للكفيل والربح عليه وتفسيره ان الاصيل امر الكفيل ببيع العينة وهو
ان يقول اشتر من الناس حريرا او غيره من الانواع ثم بعه فما ربحه البايع منك
وخسرته انت فعلي وصورته ان ياتي هو الى تاجر فيطلب منه القرض ويطلب
التاجر الربح ويخاف من الربا فيبيعه التاجر ثوبا يساوي عشرة مثلا بخمسة
عشر نسية ليبيعه هو في السوق بعشرة فيحصل له العشرة ويجب عليه للبايع
خمسة عشر الى اجل او يقرضه خمسة عشر درهما ثم يبيعه المقرض ثوبا يساوي
عشرة بخمسة عشر فياخذ الدراهم التي اقرضه على انها ثمن الثوب فيبقى عليه
الخمسة عشر قرضا فاذا فعل ذلك فهو عليه وما الربح الذي ربحه التاجر
يلزمه ولا يلزم الامر شي من ذلك لانه ضامن لما يخسر كما قاله بعضهم نظرا الى
قوله علي لانها للوجوب فلا يجوز كما لو قال لرجل بايع في السوق فما خسرت
فعلي واما توكيل بالشرا كما قاله البعض نظرا الى الامر فلا يجوز ايضا لجهالة
نوع الحرير وثمنه وسمي هذا البيع عينة لما فيه من السلف يقال باعه بعينة اي

نسية

نسية من عين الميزان وهو ميله لانها زيادة وقيل لانها بيع العين بالربح وقيل
هي شرا ما باع باقل مما باع وقيل لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين
وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لشح النفس وهذا
النوع مذموم شرعا اخترعه اكلة الربا وقال عليه السلام اذا تبايعتم بالعين
واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم **قال** رحمه الله ومن كفل
عن رجل بما ذاب له اي ظهر ووجب عليه او بما قضي له عليه فغاب المطلوب
فبرهن المدعي على الكفيل ان له على المطلوب الفا لم يقبل لانه كفل بمال يجب
في المستقبل بالقضا او باي سبب كان وذلك لم يوجد لان القضا على الغايب
لا يجوز فلم يوجد شيء ولم يوجد شرطه ولو اقر الكفيل على الاصيل بالف درهم
لا يجب على الكفيل لان اقراره لا يوجب على الاصيل وشرط لزوم الكفيل في
هذه الكفالة الوجوب على الاصيل فكذا القضا وهو غايب ولانه يحتمل
ان يكون واجبا قبل الكفالة فلا يجب عليه ويحتمل ان يكون واجبا بعده
فيجب عليه فلا يدخل تحت الكفالة بالشك حتى لو ادعى الوجوب بعد الكفالة
بان قال حكم لي عليه القاضي فلان بكذا بعد الكفالة واقام البينة قبلت
بينته لانه ادعى ما دخل في الكفالة ولزمهما المال **قال** رحمه الله ولو
برهن ان له على زيد كذا وان هذا كفيل عنه بامره قضي به عليهما وبلا امره
قضي على الكفيل فقط اي لو حضر شخص عند القاضي فاقام البينة ان له
على زيد الغايب الف درهم وان هذا الشخص كفيل عنه بامره قبلت البينة
وقضي على الاصيل والكفيل جميعا ولو اقام البينة انه كفيل عنه بغير امره
قضي على الكفيل فقط ولا يقضى على الغايب لان المدعى هنا مال مطلق ويمكن
اثباته بخلاف ما تقدم على ما بيناه وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران
لان الكفالة بامر تبرع ابتدا معاوضة انتها وبغير امر تبرع ابتدا وانتها
فالقضا باحدهما لا يكون قضا بالاخر واذا قضي بها بالامر ثبت وهو يتضمن
الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امره لا تمس جانبه لان صحتها
تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامر يرجع
الكفيل بما ادى على الامر وقال زفر لا يرجع لانه لما انكر الكفالة فقد ظلم في
زعمه فليس له ان يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل زعمه فيرجع
عليه كما يرجع المشتري على البايع بالثمن اذا استحق المبيع وان في زعمه ان البيع
صحيح لما قلنا فان قيل كيف يقضى على الغايب اذا الكفالة بامر والقضا
على الغايب لا يجوز عندنا قلنا اذا لم يتوصل الى حقه على الحاضر الا باثباته
على الغايب يجوز القضا على الغايب كما اذا ادعى عبد ان الحاضر اشتراه

من مولاه الغايب ثم اعتقه فانكر الحاضر الشرا والاعتاق كان الحاضر خصما عن مولاه
حتى اذا اثبت العبد الشرا والعتق نفذ على الغايب حتى اذا حضر ليس له ان
يدعيه **قال** رحمه الله وكفالته بالدرك تسليم معناه اذا باع رجل دارا
مثلا فكفل رجل للمشتري عن البايع بالدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع
فكفالته تسليم للمبيع واقرار منه لانه لا حق له فيها حتى لو ادعى ان الدار
ملكه او ادعى فيها الشفعة او الاجارة لا تسمع دعواه لان الكفالة ان كانت
مشروطة في البيع توقف جوازه على قبول الكفيل الكفالة في المجلس فاذا قبل
وابرم قبوله ثم ادعى الملك او غيره صار ساعيا في نقض ما تم من جهته ومن سعى
في نقض ما تم من جهته ضل سعيه في الحيوة الدنيا وان لم تكن مشروطة في البيع
فالمطلوب من هذه الكفالة اتمام البيع واحكامه بان لا يرغب فيها المشتري
الا بالكفالة خوفا من الاستحقاق فيكون اقرارا منه بان البايع مالكها وقت
البيع فلا تصح دعواه بعد ذلك **قال** رحمه الله وشهادته وختمه لا اي
كتابته شهادته وختمه لا يكون تسليما حتى اذا ادعاه بعد تقبل دعواه لان
الشهادة ليس فيها ما يدل على انه اقر للبايع بالملك اذ البيع يوجد من غير
المالك كما يوجد من المالك ولعله كتب الشهادة ليحفظ الواقعة او لينظر
في البيع حتى اذا راى فيه مصلحة اجازه وليس فيه ما يدل على بقاؤه بخلاف
ضمان الدرك لان مقصوده الابرام على ما سبق حتى لو شهد هنا انها عند الحاكم
بالبيع وقضى بشهادتهما ونفذ او لم ينقض يكون تسليما حتى لا تسمع دعواه بعد ذلك
لان الشهادة بالبيع على انسان اقرار منه بنفاذ البيع باتفاق الروايات لان
العاقل يريد بتصرفه الصحة فيصير كانه قال باع وهو يملكه او باع بيعا باتا
نافذا وكتب في الشهادة كذلك من غير ان يقول فيه على زعم المتعاقدين
او اقرارهما فيكون بدعواه بعد مناقضا بخلاف مجرد الكتابة في الصك
لانه لا يتعلق به حكم وانما هو مجرد اخبار وهو لو اخبر ان فلانا باع شيئا كان
له ان يدعيه وقوله وختم وقع اتفاقا باعتبار عادتهم فانهم كانوا يختمون
بعد كتابة اساميهم على الصك خوفا من التغيير والتزوير والحكم لا يختلف بين
ان يكون الصك مختوما او غير مختوم **قال** رحمه الله ومن ضمن عن آخر خراجه
او رهن به او ضمن نوايبه او قسمته صح اما الخراج فلانه دين له مطالب من جهة
العباد فصار كسائر الديون وهذا لانه يجب حقا للمقاتلة بدلا عن الذب
والاستحفاظ والمحاماة عن بيضة الاسلام فصار بمنزلة الاجرة بخلاف الزكاة
في الاموال الظاهرة لان الواجب ثمة جزء من النصاب وهو عين غير مضمون
بدليل انه لو هلك لا يؤخذ منه شي والكفالة باعيان غير مضمونة لا تجوز

ولان

ولان الواجب فعل عبادة والمال محله ولهذا لا يؤخذ من تركته بعد موته
الا بوصية فلا تجوز الكفالة بها كسائر العبادات ثم قيل المراد بالخراج
الخراج الموظف وهو الذي يجب في الذمة بان يوظف الامام كل سنة
في مال على ما يراه لا خراج المقاسمة وهو الذي يقسمه الامام من غلة الارض
لانه غير واجب في الذمة فلم يكن في معنى الدين والرهن كالكفالة لان كل
واحد منهما للتوثق فيجوز في كل موضع تجوز الكفالة فيه واما النوايب فقد
اختلفوا في صورتها فقال بعضهم اريد به ما يكون بحق كاجرة الحارس وكري
الانهار المشتركة والمال الموظف لتجهيز الجيش وفدا الاسارى وقال بعضهم
اريد به ما ليس بحق كالجبايات التي في زماننا هذا كالظلمة بغير حق فان كان
مراد المصنف هو الاول جازت الكفالة به بالاتفاق لانه واجب مضمون وان
كان مراده الثاني ففيه اختلاف المشايخ فقال بعضهم لا تجوز الكفالة
به منهم صدر الاسلام البزدوي لان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة
او في الدين وهنا لا دين ولا مطالبة على الاصيل فلا يتحقق معنى الضم وقال
بعضهم يجوز منهم فخر الاسلام علي البزدوي لانها في المطالبة مثل سائر
الديون بل فوقها والعبرة في باب الكفالة للمطالبة لانها شرعت لا
التزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوايب على المسلمين بالقسط
يوجر وان كان الآخذ بالاخذ ظالما وقلنا ان من قضى نايبة غيره بامره رجع عليه
وان لم يشترط الرجوع كمن قضى دين غيره بامره واما القسمة فقد قيل هي ما اصاب
الواحد من النوايب لان القسمة هي النصيب قال الله تعالى ونبئهم ان الما
قسمة والمراد به النصيب وهي بعينها غير ان القسمة ما تكون راتبة
والنوايب ما ليس براتب وانما يوظفه الامام عند الحاجة اذا لم يكن
في بيت المال شي وقد بينا ما هو جائز بالاجماع وما هو مختلف فيه وقال ابو بكر
ابن ابي سعيد هذا اللفظ وقع غلطا لان القسمة مصدر والمصدر فعل
وهذا لا يضمن وقيل هي ان يمتنع احد الشريكين من القسمة بينه وبين صاحبه
فيضمنه انسان لانها واجبة وقال بعضهم معناها اذا اقتسما ثم منع احد الشريكين
قسم صاحبه والرواية باو وهي لاحد المذكورين وفي الايضاح ثم وكذا في
المغني **قال** رحمه الله ومن قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر فقال
هي حالة فالقول للضامن يعني اذا اقر بانه كفيل بدين عن فلان وادعى الاجل
فصدقه المقر له وهو الطالب في الدين وكذبه في الاجل كان القول قول
المقر لانه اقر له بثبوت حق المطالبة بعد شهر والمقر له يدعي عليه المطالبة
في الحال وهو منكر فكان القول قوله بخلاف ما اذا اقر بالدين المؤجل فصدقه

المقر له في الدين وكذبه في الاجل حيث يكون القول فيه قول المقر له لان المقر
اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو الاجل فلا يقبل قوله بلا بينة ولان الاجل
في الكفالة نوع حتى يثبت فيها من غير شرط بان كان الدين مؤجلا على الاصيل
وفي الدين عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول لمن ينكر العوارض وفي النوع
القول للمقر لانه صفة للدين وقال الشافعي القول للمقر فيهما لان الاجل وصف
فيهما يقال دين مؤجل وحال وفي الاوصاف القول وقال ابو يوسف القول للمقر
له في الفصلين رواه عنه ابرهيم بن يوسف لان المقر قد اقر له بحق ثم ادعى تاخيره
فلا يصدق الا بحجة لانه ادعى ان له على صاحبه حقا وهو التاخير الا ترى انه لو اقر
بالكفالة على انه بالخيار جاز اقراره بالكفالة وبطل الخيار لما قلنا ونحن
بينا الفرق بين الفصلين وليس هذا كالخيار لان الخيار متى شرط الكفالة
فلا يصدق بابطالها بعد الاقرار بها بخلاف الاجل لانه ليس بابطال وانما هو
نوع في الكفالة على ما بينا وما قاله الشافعي ان الاجل وصف للدين لا يستقيم
لانه ليس بصفة للدين في الحقيقة وان كان وصفا له لفظا الا ترى ان الدين
حق الطالب والاجل حق المطلوب ولو كان حقا له لما اختلف مستحقهما كالجودة
والرداءة فيه والحيلة فيما اذا كان عليه دين مؤجل وادعى عليه حالا وخاف
الكذب اذا انكر والمواخذة في الحال ان اقر ان يقول للمدعي هذا الذي
تدعيه من المال حال او مؤجل فان قال مؤجل فلا دعوى عليه في الحال وان
قال حال فينكره وهو صادق فلا حرج عليه وقيل ان من عليه الدين مؤجلا
اذا انكر الدين وقال ليس له قبلي اليوم حق فلا باس به اذا لم يرد به اتوى حقه
قال رحمه الله ومن اشترى امة وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يواخذ
المشتري الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البايع لان الكفالة بالدرك هو ضمان
الثمن عند خروج المبيع عن ملكه بالاستحقاق وهو لم يخرج عن ملكه ما لم يفسخ البيع
ويحكم على البايع برد الثمن على المشتري ومجرد الاستحقاق لا يفسخ ولهذا لو اجاز
المستحق البيع قبل الفسخ جاز فلو كان ينتقض لما جاز فاذا لم ينتقض لم
تجب الثمن على البايع ولم يخرج عن ملكه لان بدل المستحق مملوك الا ترى انه لو كان
ثمنها عبدا فاعتقه البايع وهذه الحالة عتق وكذا لو كان المشتري باع
الجارية من انسان فاستحقت من يد الثاني ليس لمشتري الاول ان يرجع على
بايعه ما لم يقض عليه بالثمن للثاني كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد فاذا حكم
الحاكم بالثمن عليه انتقض وسقط احتمال الاجازة ولزم البايع رد الثمن
فيلزم كفيله ضرورة بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها المحلية
فيرجع على البايع والكفيل به وعن ابي حنيفة ان البيع ينتقض بمجرد الاستحقاق

لان

لان الخصومة من المستحق وطلبه الحكم من القاضي دليل النقض فينتقض به
البيع كما ينتقض بالنقض صريحا فلا تعمل اجازة المستحق بعد ذلك وعن
ابي يوسف مثله فعلى هذا يرجع به عليه بمجرد القضاء بها له وعن ابي يوسف
انه اذا اخذ العين بعد الحكم ينفسخ البيع لان الاخذ دليل الفسخ والظاهر
هو الاول

باب كفالة الرجلين والعبدين

قال رحمه الله دين عليهما وكل كفيل عن صاحبه فما اداه احدهما لم يرجع به
على شريكه فان زاد على النصف رجع بالزيادة معناه اذا كان لرجل دين
على اثنين بان اشتريا منه عبدا وتكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما اداه
احدهما لا يرجع به على شريكه حتى يزيد ما يوديه على النصف فيرجع بالزيادة
لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف كفيل فما يوديه ينصرف الى ما
عليه بطريق الاصالة وبين ما عليه بطريق الكفالة لان الاول دين ومطالبة
والثاني مطالبة فقط فلا يعارض الاول وكذا سبب الاول وهو الشرا
اقوى من سبب الثاني وهو الكفالة ولهذا ينفذ الاول من المريض من جميع
ماله وان كان عليه دين والثاني لا ينفذ الا من الثلث بشرط ان لا يكون
عليه دين وان كان عليه دين مستغرق لا ينفذ اصلا فكان اكد فلا يعارضه
الضعيف وهذا نظير ما لو اشترى ثوبا وفضة بفضة قبضها وقبض الاخرى
الفضة الخالصة قدر فضته ثم افترقا قبل قبض الثاني يجعل المقبوض
ثمنا للصرف لان الصرف اقوى واكد حتى اوجب القبض قبل الافتراق ولان
الكفالة توجب المطالبة وهي تبع للدين فلا معارضة بين الاصيل والتبع
ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه كان لصاحبه ايضا ان يرجع بان يجعل المودى
نايبه عنه واداه نايبه كادايه فيودي الى الدور فيسقط المعارضة فما اداه
على ما عليه بطريق الاصالة لا دور فيرجع عليه به ولو كان ما عليه مؤجلا
وما على صاحبه حالا لا يصح تعيينه لانه لا معارضة اذ لا يجب ما عليه في الحال
وليس لشريكه ان يرجع عليه لان الكفيل اذا عجل دينا مؤجلا ليس له ان يرجع
على الاصيل قبل حلول الاجل وكذا لو كفل احدهما عن صاحبه دون الاخر فاداه
الكفيل فكفالة عن صاحبه يصدق وهي واردة على مسئلة الكتاب **قال**
رحمه الله وان كفل عن رجل فكفل كل عن صاحبه فما ادى رجع بنصفه على شريكه
او بالكل على الاصيل معناه اذا كان على رجل الف درهم مثلا فكفل عنه
رجلان كل واحد منهما بجميعه على الانفراد ثم كفل كل واحد من الرجلين على صاحبه
ثم يرجعان على الاصيل ان شا وان شا رجع هو بالكل بما لزمه بالكفالة لان
الكفالة عن الكفيل جايزة كما تجوز عن الاصيل لان ما عليهما مستويان فلا

يرجع البعض على البعض اذ الكل كفالة فيكون المؤدي شايعا فيرجع بنصفه
على شريكه اذ لا يؤدي الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع احدهما
بنصفه وليس لصاحبه ان ينقض الاستواء بالرجوع عليه مراعاة لما اقتضاه
العقد اذ الاستواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم وهو العزم خلاف الاول
لان الترجيح فيما حاصل من الابتداء فلا ينقض الرجوع فيؤدي الى الدور ثم
يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه دينه بامر احدهما بنفسه والآخر بنائبه
وان شاء المؤدي رجع بالجميع على الاصيل لانه كفل بالجميع بامره هذا اذا كان
تكفل كل واحد منهما على الاصيل بجميع الدين على التعاقب ثم كفل كل واحد منهما
عن صاحبه بالجميع واما اذا تكفل كل واحد منهما بالنصف ثم تكفل كل واحد
منهما عن صاحبه فهي كالمسألة الاولى في الصحيح حتى لا يرجع على شريكه بما ادى
ما لم يزد على النصف وكذا لو تكفلا عن الاصيل بجميع الدين معا ثم كفل كل واحد
منهما عن صاحبه لان الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون كفيلا عن الاصيل
بالجميع وكذا لو كفل كل واحد منهما عن الاصيل بالجميع متعاقبا ثم كفل كل واحد
منهما عن صاحبه بالنصف **قال** رحمه الله وان ابرأ الطالب احدهما
اخذ الآخر بكله لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على
الاصيل والآخر كفيل عنه بكله فيأخذه **قال** رحمه الله ولو افترق
المفاوضان اخذ الغريم ايا شاء بكل الدين لان كل واحد منهما كفيل عن الآخر على
ما بيناه في الشركة **قال** رحمه الله ولا يرجع حتى يؤدي اكثر من النصف لما بينا
من الوجهين في كفالة الرجلين وان كاتب عبدين كتابة واحدة وكفل كل
عن صاحبه وادى احدهما رجع بنصفه وهذا استحسان والقياس لا يجوز لان
فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما بانفراده باطل وعند
الاجتماع اولى فصار كما اذا اختلفت كتابتهما وجه الاستحسان ان تصرف
الانسان يجب تصحيحه بقدر الامكان وقد امكن تصحيح هذه الكفالة
بان يجعل المال كله على كل واحد منهما في حق المولى وفي حق نفسه وعتق الآخر
معلق بادائه فيطالب المولى كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم
الكفالة فايهما ادى عتق وعتق الآخر تبعا له كما في ولد المكاتب لكن كل
واحد منهما كفيل في حق صاحبه لان المال في الحقيقة مقابل بهما حتى ينقسم
عليهما فصارت كفالته بما عليه اصالة وكفالة المكاتب بما عليه اصالة
جائز فكان كل واحد منهما اصيلا في الكل كفيلا عن صاحبه بالكل ولا نظير
للكفالة الا في حق صاحبه لانها ضرورية فتتقدر بقدرها حتى يكون
مطالبة المولى كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة

فاذا ادى احدهما شيئا وقع عن كل البدل فيقع نصف ذلك عن صاحبه لاستوائهما
فيرجع به عليه ولو رجع بالكل لا يتحقق المساواة بخلاف ما اذا اختلفت
كتابتهما لان عتق كل واحد منهما تعلق باداء المال على حدة وهو صحيح في نفسه
فلا حاجة الى تصحيحه بما ذكرنا من الطريق ثم المسألة على ثلاثة اوجه
احدها ان يكاتبهما كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فحكمه
ما ذكرنا والثاني ان يكاتبهما كتابة واحدة على الف ولم يزد على ذلك
والثالث ان يكاتبهما كتابة واحدة على انهما ان اديا عتقا وان عجزا ردا
في الرق ولم يذكر كفالة كل واحد منهما عن صاحبه فعند زفر جواب هذا مثل
الفصل الثاني حتى يعتق احدهما باداء حصته لان كل واحد منهما لم يلتزم
القبول الا حصته ولهذا ليس للمولى ان يطالب احدهما بجميع البدل
ولو ادى احدهما الجميع لم يرجع على صاحبه بشيء بخلاف ما اذا شرط كفالة
كل واحد منهما عن صاحبه لكنا نقول لا يعتق واحد منهما ما لم يصل جميع
المال الى المولى لان شرط المولى في العقد يجب مراعاته اذا كان صحيحا شرعا
وقد شرط العتق عند ادائهما جميع المال نصا فلو اعتق احدهما باداء حصته
كان مخالفا لشرطه واما ما استدل به زفر ممنوع فان هذا عندنا كالفصل
الاول في جميع ما ذكرنا فلهذا قلنا ما لم يصل جميع المال الى المولى لا يعتق
واحد منهما ذكره في المبسوط **قال** رحمه الله وان حرر احدهما اخذ ايهما شاء
بحصة من لم يعتقه معناه لو اعتق احد العبدين فيما كاتبهما وشرط كفالة
كل واحد منهما عن صاحبه صح العتق لوجود المصحح للعتق وهو الملك في الرقبة
وبرأ عن حصته من بدل الكتابة لانه لم يرض بالتزام المال الا ليكون وسيلة
الى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط حصته ويبقى على صاحبه حصته لان
المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما كله احتيالا
لتصحيح الضمان واذا حصل له العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما
فيتوزع عليهما ضرورة فاذا توزع سقط حصة المعتق لما ذكرنا ويأخذ حصة
الذي لم يعتق ايهما شاء فاذا شاء اخذ المعتق بالكفالة وان شاء اخذ صاحبه
بالاصالة **قال** رحمه الله فان اخذ المعتق رجع على صاحبه وان اخذ
الآخر لا لان غير المعتق اصيل فلا يرجع على احد اذا ادى والمعتق كفيل عنه
بامره فيرجع به عليه فان قيل كيف يكون المعتق كفيلا عنه والكفالة
ببدل الكتابة واجبا عليه اصالة وقدرنا الكفالة فيه وفي حق صاحبه
احتيالا لتصحيح الاداء عن صاحبه وبعد العتق لا يمكن ايجاب البدل عليه
لا استيفاء به فلا يمكن تقديرا لاصالة فيه فبقي كفيلا **قال** رحمه الله

ومن ضمن عن عبد مالا يؤخذ به بعد عتقه نحو ان لم يسمه والمراد به دين لم يظهر
في حق المولى كما اذا لزمه بالاقرار او بالاستقراض او بالوطء عن شبهة او استهلاك
وديعة فان هذه الديون لما لم تظهر في حق المولى فلا يؤاخذ بها في الحال وانما
يؤاخذ بها بعد الحرية فلو ان انسانا تكفل بهذا الدين يلزمه ويطالب به
في الحال لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول ذمته الا ان المطالبة
تأخرت عنه لعسرته اذ هذه الديون لا تتعلق برقبته لعدم ظهورها في حق المولى
والكفيل غير معسر فصار كما لو كفل عن غائب او مفلس بخلاف ما اذا كفل بدين
مؤجل حيث لا يلزم الكفيل حالا لانه التزم المطالبة بدين والطالب ليس له
ان يطالب بالدين المؤجل ثم اذا ادى عنه يرجع به بعد العتق ان كان بامره لان
الكفيل بالاداء ملك الدين وقام مقام الطالب فلا يطالبه قبل الحرية
وقوله بدين يؤخذ به بعد عتقه احتراز عما يؤاخذ به في الحال مثل دين الا
الاستهلاك عيانا او دين لزمه بالتجارة باذن المولى فانه تجوز الكفالة بلا
شبهة **قال** رحمه الله ولو ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد
فبرهن المدعي انه له ضمن قيمته ولو ادعى على عبد مالا وكفل بنفسه رجل فمات
العبد برئ الكفيل والفرق ان الثانية تكفل عن العبد بتسليم نفسه فاذا
مات العبد وهو المكفول عنه برئ هو وبراءته توجب براءة الكفيل على ما بينا
من قبل ولا يختلف ذلك بين ان يكون المكفول به حرا او عبدا وفي الاولى
تكفل عن ذي اليد بتسليم رقبة العبد لان المدعي يدعي غصب العبد على
ذي اليد والكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها جائزة على ما تقدم فيجب على
ذي اليد رد العين فان هلكت يجب عليه قيمتها فكذا على الكفيل اذا اثبت
المدعي البينة ان العبد له لانه يقوم مقام الاصيل والبينة كاسمها مبينة
فيظهر بها ان العبد ملكه بخلاف ما اذا اثبت الملك له باقرار ذي اليد
او بنكوله لان اقرار الاصيل ليس بحجة في حق الكفيل فلا يلزمه ما لم يقر به هو
بنفسه **قال** رحمه الله ولو كفل عبد عن سيده بامره فعتق فاداه او كفل
سيده عنه واداه بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الآخر ومعنى الاولى
ان لا يكون على العبد دين لان امر المولى بالتكفيل يصح اذا لم يكن عليه دين
الا ترى ان له ان يجعله ولو اقر عليه بالدين نفذ اقراره وله ان يرهنه
وان كان عليه مستغرق ليس له شيء من ذلك لانه يتضمن ابطال حق الغرماء
واما كفالة المولى على العبد فتصحيحه كيف ما كانت وقال زفر يرجع كل واحد
منهما على صاحبه اذا ادى عنه بعد الحرية وكانت الكفالة بامره لتحقق
الموجب للرجوع ولزوال المانع من الرجوع قلنا وقعت غير موجبة للرجوع لان

احدهما

احدهما لا يستحق على الآخر دينا فلا تنقلب موجبة بعد ذلك كما اذا كفل رجل
بغير امره فبلغه فاجاز فانها لا تنقلب موجبة للرجوع فكذا هذا ثم فائدة كفالة
المولى عن عبده وجوب مطالبته بايفاء الدين من سائر امواله وفائدة كفالة
العبد عن مولاه تعلقه برقبته

كتاب الحوالة

وهي في اللغة التحويل والنقل ومنه حوالة الغراس نقله **قال** رحمه الله
هي نقل الدين من ذمة الى ذمة هذا في الشرع وفي اللغة هو النقل مطلقا
على ما بينا **قال** رحمه الله وتصح في الدين لا في العين برضى المحتال
والمحال عليه وهذا امر شرطها القبول وفيه خلاف ابي يوسف كما في الكفالة
وهي مشروعة باجماع الامة وقال عليه السلام من احيل على ملي فليتبع
والامر بالاتباع دليل الجواز ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فوجب القول
بصحته دفعا للحاجة وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل
وهو في الدين لا في العين لان الدين وصف شرعي وهذا النقل حكم شرعي
يظهر اثره في المطالبة فجاز ان يؤثر النقل الشرعي في الثابت شرعا واما
العين فحسي فلا ينتقل بالنقل الحسي وانما شرط رضاهما لان المحتال هو
صاحب الحق ويختلف الذمم فلا بد من رضاه لاختلاف الناس في الايفاء
فمنهم من يماطل مع القدرة ومنهم من يوفي ناقصا ومنهم من هو بالعكس فلا يلزمه
بدون رضاه والمحال عليه يلزمه المال ويختلف عليه الطالب والناس
متفاوتون فيه فمنهم من يعنف فيه ويستعجل ومنهم من يتساهل ويمهل ويسامح
ولم يذكر المحيل لان الحوالة تصح بدون رضاه وانما يشترط رضاه
للرجوع عليه او ليسقط دينه ونظيرها الكفالة فانها تصح بدون
رضا المكفول عنه **قال** رحمه الله وبرئ المحيل بالقبول من الدين
وهذا حكمها وقال زفر لا يبرأ لان المقصود بها التوثق وهو بازدياد
المطالبة كالكفالة لا يؤثر في سقوط ما كان من المطالبة وقال ابن ابي
ليلى يبرأ في الكفالة ايضا اعتبارا بالحوالة ولنا ان الاحكام الشرعية
تثبت على وفق المعاني اللغوية فمعنى الحوالة النقل والتحويل ومعناه لا
يتحقق الا بفراغ ذمة الاصيل لان الدين متى انتقل من ذمة فلا يبقى فيها
والكفالة معناها الضم فيقتضي ان يكون موجبا ضم الذمة الى الذمة
ولا يتحقق ذلك مع براءة ذمة الاصيل والاستيثاق فيهما بالضم وفي الحوالة
باختيار من هو الاملأ من المحيل واحسن منه في القضاء لا بالضم لا ترى
لهذا اجبر المحتال على القبول اذا قضاه المحيل الدين كما لو قضاه الاجنبي
لانا نقول الاجنبي متبرع والمحيل غير متبرع لانه يحتمل عود المطالبة اليه

بالتوى فلم يكن جنبيًا اذا قصد به دفع الضرر عن نفسه واختلفوا في البراءة
فقال ابو يوسف يبرأ عن الدين والمطالبة وقال محمد يبرأ عن المطالبة
فقط ولا يبرأ عن الدين وثمرة الخلاف تظهر في موضعين احدهما اذا ابرأ
المحال المحيل من الدين وقال ابو يوسف يصح وقال محمد لايصح والثاني ان
الراهن اذا احال المرتهن بالدين على انسان كان للراهن ان يسترد الرهن عند
ابي يوسف كما لو ابرأه من الدين وعند محمد ليس له ذلك كما لو احال الدين كذا ذكره
المرغيناني وذكر في الزيادات ان البائع اذا احال غريمًا له على المشتري بالثمن
بطل حقه في حبس المبيع لان مطالبته سقطت وكذا المرتهن اذا احال غريمه
على الراهن بطل حقه في حبس البيع لان المطالبة باقية لان المحال عليه
قائم مقام المحيل وكذا اذا احال الراهن المرتهن على رجل لم يبطل حقه
في حبس الراهن لان المطالبة باقية لان المحال عليه نائب المحيل فصار
مطالبته كمطالبة المحيل والمكاتب على عكس ما ذكرنا فانه اذا احال مولاه على
رجل يعتق كما تثبت الحوالة وان كان المحال عليه نائبًا عن المكاتب واذا
احال المولى عليه رجلا لا يعتق حتى يؤدي بدل الكتابة وان لم يكن للمولى خصومة مع
المكاتب والفرق ان حرية المكاتب معلقة ببراءة ذمته وقد برئت اذا احال المكاتب
مولاه على رجل واما اذا احال المولى عليه رجلا لا يبرأ واما الرهن فللوثيقة
فيبقى ما بقيت المطالبة وتبطل اذا انتطلت وكذا البيع اعلم ان احالة المكاتب
مولاه على رجل انما تجوز اذا كان له على الرجل دين او عين وقيد بها لان المحال
يكون نائبًا عن المكاتب في القبض فيجوز وان لم يكن له واحد منهما او كان له
ولم يقيد به لا يجوز لان الحوالة نقل الدين الى ذمة المحال عليه فصار
الواجب على المحال عليه غير الواجب على المحيل كما لو صحت الحوالة ببدل
الكتابة ولزم المحال عليه يكون الواجب على المحال عليه غير الواجب
على المحيل وذلك لا يجوز كالكفالة وان كان المولى هو الذي احال غريمه
على المكاتب لا يصح الا اذا قيدها ببدل الكتابة لان مطلقها تبرع وليس المكاتب
من اهله وليس للمولى ان يتصرف فيه حتى يلزمه بخلاف ما اذا تكفل القن
عن مولاه على ما مر من قبل **قال** رحمه الله ولم يرجع المحال على المحيل
الا بالتوى قال الشافعي لا يرجع عليه عند التوى لان ذمة المحيل قد برئت
براءة مطلقة بالحوالة فلا يعود الدين الى ذمته الا بسبب جديد فصار
كالغاصب وغاصب الغاصب اذا اختار المغصوب منه تضمين احدهما برئت
ذمة الآخر ثم بالتوى عنده لا يعود الحق على الآخر وكالمولى اذا اعتق عبده
المديون فان الغرماء يخيرون بين تضمين المولى قيمته وبين اتباع المعتق

فان

فان اختاروا تضمين احدهما وبرئ ما عليه لا يرجعون على الآخر ولنا ما روي
عن عثمان موقوفًا ومرفوعًا في المحتال عليه اذا مات مفلسًا يعود الدين الى
ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم ولان المقصود من شرعه الوصول
الى حقه بالاستيفاء من الثاني لا بمجرد الوجوب لان الذمم لا تختلف في نفس الوجوب
وانما تختلف في الايفاء فهذا هو المعلوم من الثاني والمعلوم كالمشروط فعند
فواته يجب الرجوع الا ترى ان البيع لما كان في العرف يراد به سلامة المبيع للمشتري
وسلامته من العيب فعند فواته بالاستحقاق او بالهلاك قبل القبض او عند
فوات وصف السلامة يرجع المشتري بالعوض لما قلنا وهذا لان ذمة المحال
عليه خلف عن ذمة المحيل بالحوالة فاذا فات الخلف رجع بالاصل بخلاف
الغاصب وغاصب الغاصب فان احدهما ليس بخلف عن الآخر وانما يثبت للمالك
الخيار ابتداء بملكنا المغصوب من ايهما شاء فيأخذ منه عوضه من غير ان يخلفه عليه
احد فلا يرجع على الآخر وكذا المولى والمعتق احدهما ليس بخلف عن الآخر الا ترى
ان حصة الشريك ثابت على احدهما معينًا حتى ينقله الى الآخر فافترقا **قال**
رحمه الله وهو ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه او يموت مفلسًا اي
التوى يكون باحد هذين الامرين اما ان يجحد المحال عليه الحوالة ويحلف
ولا بينة للمحيل وللمحتال او يموت مفلسًا بان لم يترك مالا معينًا ولا دينًا
ولا كفيلا لان التوى هو العجز عن الوصول الى حقه ويتحقق ذلك بهما وهذا اذا
ثبت موته مفلسًا بتصادقهما فان اختلفا فيه فقال المحتال مات مفلسًا وانكر
الآخر فالقول قول المحتال مع يمينه على العلم لتمسكه بالاصل وهو العسرة كما اذا كان
موجودًا وانكر اليسر ولو فلسه الحاكم بعد ما حبسه لا يكون توى عند ابي حنيفة
وقالا هو توى لانه عجز عن الاخذ منه بتفليس الحاكم وقطعه عن ملازمته عندهما
فصار كعجزه عن الاستيفاء بالجحد او بموته مفلسًا ولابي حنيفة ان الدين ثابت
في ذمته وتعذر الاستيفاء لا يوجب الرجوع الا ترى انه لو تعذر لغيبة المحال عليه
لا يرجع على المحيل وهذا لان التوى في الدين لا يتصور حقيقة وانما يكون ذلك
بخروج محله من ان يكون محلا صالحًا للوجوب بموته مفلسًا او بالجحود ولا افلاس
عنده لان المال غاد ورائح يمسي الانسان فقيرًا ويصبح غنيًا وبالعكس
ويحتمل انه استغنى في مجلس الحكم بان مات له قريب يرثه وهذا نظير الجرح
الخصم المشهود واما اقامة البينة عليه لا تقبل لانه لا يتحقق لاحتمال ثروته
في المجلس وقيل هذه المسألة مبنية على تحقق الافلاس وعدمه ولو مات
وترك رهنًا رهنه غيره بامره او بغير امره وسلطه على البيع او لم يسلطه يعود
الدين الى ذمة المحيل لان عقد الرهن لم يبق بعد موت المحال عليه مفلسًا

ان لم يبق الدين عليه والرهن بدين ولا دين محال بخلاف ما اذا ترك كفيلا بامر
او بغير امر لان الكفيل خلف عنه قال رحمه الله فان طلب المحتال
عليه المحيل بما احال فقال المحيل احلت بدين لي عليك ضمن مثل الدين اي ضمن
المحيل لان سبب الرجوع قد تحقق باقرار المحيل وهو قضاء دينه بامره فيرجع
عليه ولا يقبل قوله في دعوى الدين على المحال عليه لانه منكر والمحال عليه
والقول قول المنكر ولا يكون الاقرار من المحال عليه بالحوالة اقرارا منه
بالدين عليه ولا قبوله الحوالة يدل على ان عليه دينا لان الحوالة قد تكون مطلقة
وقد تكون مقيدة بما على المحال عليه بل حقيقة الحوالة ان تكون مطلقة
اذ المقيد توكيل بالاداء والقبض فلم يوجد ما يدل على وجوب الدين عليه
فيضمن له قال رحمه الله وان قال المحيل للمحتال احلتك لتقبضه لي فقال
المحتال احلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل لان المحتال يدعي عليه الدين
وهو ينكر فالقول للمنكر ولا يكون الاقرار من المحيل بالحوالة واقدامه عليها
اقرارا منه بان عليه دينا للمحتال لان لفظ الحوالة يستعمل بمعنى الوكالة قال محمد
اذا صار مال المضاربة ديونا وامتنع المضارب عن التقاضي وليس له في المال
ربح لا يجبر ولكن يقال له احل رب الدين اي وكله فاذا احتمل التوكيل لا يحكم
له بالدين على المحيل بدعواه بل يكون القول للمحيل اذ هو متمسك بالاصل
لان فراغ الذمم هو الاصل ولو لم يدع الدين على المحيل بان ادعى ان الدين الذي
على المحال عليه عن مال له عليه باعه المحيل له بطريق الوكالة منه وادعى ان
الدين له وقد وصل اليه عين حقه لا يقبل قوله ايضا اذا انكر المحيل ذلك لانه
لما اقر له باليد والتصرف له في ذلك المال والانسان يتصرف ظاهرا لنفسه
لا يسمع ان ذلك المال كان له بلا بينة فيكون القول للمحيل قال رحمه
الله ولو احال بما له عند زيد وديعة صحت فان هلكت برئ اي اذا كان وديعة
دراهم عند شخص فاحال بها غريمه صحت الحوالة لانه اقدر على التسليم فكانت
اولى بالجواز فان هلكت برئ لان الحوالة مقيدة بها اذ لم يلتزم التسليم
الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب حيث لا يبرأ به لانه يخلفه القيمة
والفوات الى خلف كلا فوات حتى لو هلك المغصوب لا الى خلف بان استحق بالبينة
صار مثل الوديعة وقد تكون مقيدة بالدين فحاصله ان الحوالة على نوعين
مقيدة ومطلقة فالمقيدة ان تقيدها بدين له عليه او بعين في يده
وديعة او غصبا او نحوه والمطلقة ان يرسل الحوالة ارسالا ولا يقيدها
بشيء مما عنده من وديعة او غصب او دين او يحيله على رجل ليس له عليه شيء مما
ذكرنا والكل جائز لما روينا ولما ذكرنا من المعنى ولان كلا منهما يتضمن امورا

جائزة

جائزة عند الانفراد وهو تبرع المحتال عليه بالالتزام في ذمته والايفاء وتوكيل
المحتال بقبض الدين او العين من المحتال عليه وامر المحتال عليه بتسليم ما عنده
من العين او الدين الى المحتال فكذا عند الاجتماع وحكم المطلقة ان لا يسقط
حق المحيل من العين والدين ولكن المحتال عليه يرجع على المحيل بعد ادائه
اذا كانت الحوالة برضاه وليس له ان يرجع قبل الاداء ولكن له ان يلازمه اذا
لوزم ويحبسه اذا حبس حتى يخلصه كما في الكفالة ولو كان الدين موجلا
في حق المحال عليه كما في الكفالة ثم لا يصير الدين حالا بموت المحيل لانه خرج
من الدين وصار اجنبيا ويحل بموت المحتال عليه لان الاجل كان حقه وقد
استغنى عنه وحكم المقيدة انه لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه بما احال عليه
من دين او عين لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن ولو ملكنا المطالبة
لبطل حق المحتال ولا يملك ذلك كما لا يملك ابطال حق المرتهن بخلاف المطلقة
لانه لا تعلق لحقه بالدين بل تعلق بذمة المحتال عليه فلا تبطل الحوالة باخذ
ما عنده او عليه من العين والدين الا ترى انها لا تبطل بهلاكه فكذا باخذه
بخلاف المقيدة فيما لم يلتزم الاداء الا منها ولو اخذ لبطل حقه ولو ابرأ المحتال
المحال عليه عن الدين اخذ المحيل ما كان عنده من الدين والعين كالمرتهن اذا ابرأ
الراهن يرجع برهنه ولو وهبه له ليس له ان يرجع بدينه لان المحال عليه ملكه
بالهبة وكذا اذا ورثه ولو مات المحيل بالدين والعين المحال بهما بين غرمائه
بالحصص وقال زفر يختص به المحتال وهو القياس لان حقه متعلق به حال
حيوته والمحيل كالاجنبي عنه حتى لا يكون له اخذه فصار كالخارج عن ملكه فلا
يقضى به ديونه ولانه كان ملكه ثم ثبت تعلق حق المحتال سابقا فصار كالمرهون
مختص به الراهن لتعلق حقه به سابقا على حقهم وكدين الصحة يقدم على دين
المرض لما قلنا ولنا ان هذا المال مال المحيل لم يثبت لغيره عليه يد الاستيفا
فيكون بين غرمائه وهذا لانه لم يملكه المحتال لان تمليك الدين من غير من عليه
الدين باطل لكون الحوالة وجبت للمحتال في ذمة المحال عليه دين مع بقاء دين
المحيل ولهذا لو توى ما على المحال عليه لتوى على المحيل ولم يثبت عليه ايضا
يد الاستيفاء لان ثبوت اليد على ما في ذمة الغير لا يتصور وانما لم يكن للمحيل
ان ياخذه لان المحال عليه لم يقبل الحوالة الا ليتملك ما في ذمته او ليستوفي
من ذلك المال فلو اخذه يفوت الرضا فتبطل الحوالة بخلاف الرهن لانه
يثبت عليه يد الاستيفاء ولهذا لو هلك يهلك على المرتهن فكان هو احق به وكان
ينبغي للمحتال ان لا يكون له حق المزاحمة لان دينه تحول الى ذمة المحال عليه
فلا يزاحم غرماء المحيل كما اذا كانت الحوالة مطلقة وانما لم يثبت له حق

حق المزاحمة لان الحوالة كانت مقيدة بذلك المال فاذا اخذ منه ذلك المال
فات الرضا بالحوالة فتبطل الحوالة فيعود الدين الى ذمة المحيل على ما
كان قبل الحوالة واستوضح ذلك بمسئلة الوديعة والغصب ونحوهما بخلاف
ما اذا كانت مطلقة لان المحيل بالحوالة برئ من دين المحتال وصار المحتال
من غرماء المحتال عليه فلم يتعلق له حق بماله فلا يزاحم غرماء المحيل واذا قسم
الدين بين غرماء المحيل لا يرجع المحتال على المحيل بحصته الغرماء لان الدين الذي
على المحتال عليه صار مستحقا وليس له ان يرجع عليه به كما لو استحق الرهن ولا ما
بقي من دينه بعد المحاصة لانه صار دينا تاويا فلا يرجع به على احد **قال**
رحمه الله وكره السفاتج وهو قرض استفاد به المقرض امن خطر الطريق وصورته
انه يقرض ماله اذا خاف عليه الفوات ليرد عليه في موضع الامن وهو تعريب سفته
وسفته شي محكم وسمي هذا القرض به لاحكام امره وانما كره لما روي انه عليه
السلام نهى عن قرض جر نفعا واذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا باس به

كتاب القضاء

والقضاء في اللغة الاتقان والاحكام قال قائلهم وعليهما مسرودتان قضاهما
داود او صنع السوابغ تبع اي احكم صنعتهما وهو في الشرع فصل الخصومات
وانه افضل العبادات وبه امر كل نبي قال الله تعالى انا انزلنا التوراة فيها
هدى ونور يحكم بها النبيون وقال تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع
اهواءهم والحاكم نائب الله تعالى في ارضه في انصاف المظلوم من الظالم
وايصال الحق الى المستحق ودفع الظلم عن العباد والامر بالمعروف والنهي عن
المنكر كل ذلك من الصفات الحميدة ينال بها كل البيت ومحاسنه لا تخفى على احد
ولولا ذلك لفسد البلاد والعباد **قال** رحمه الله اهله اهل الشهادة لان
كل واحد منهما من باب الولاية على الغير الشاهد بشهادته يلزم الحاكم ان يحكم
والحاكم بحكمه يلزم الخصم ومن صلح شاهدا صلح قاضيا فكانا من باب واحد
فيستفاد احدهما من الاخر **قال** رحمه الله والفاسق اهل القضاء كما هو
اهل للشهادة الا انه لا ينبغي له ان يقلد ولو كان عدلا ففسق لا ينعزل
ويستحق العزل واذا قضى بالرشوة لا يصير قاضيا وكذا لو قضى بالرشوة
لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى وقال بعض مشايخنا اذا قلد الفاسق ابتداء يصح
ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا
دونه كالعبد الماذون له في التجارة اذا ابق ينعزل ولو اذن له وهو ابق جاز
وعن علمائنا الثلاثة في النوادر ان الفاسق لا يصلح قاضيا والظاهر
هو الاول وان العدالة شرط الاولوية وكذا الاجتهاد حتى لو ولي الجاهل

القضاء صح وقال الشافعي لا يجوز الا ان يكون عالما مجتهدا لانه مامور لقوله عليه
الصلاة والسلام القضاة ثلاثة قاضيان في النار وقاض في الجنة الحديث
فسر القاضيين احدهما جاهل يحكم بالجهل والاخر عالم يحكم بالجور والثالث العالم
العدل يحكم بعلمه ولانه مامور بالقضاء بالحق والجاهل عاجز عنه ولا يكلف الله
نفسا الا وسعها والفاسق غير مامون فلا يجوز ولنا ان المقصود ايصال
الحق الى المستحق وهو يحصل بالعمل بفتوى غيره ولا حجة له في الحديث فانه
عليه الصلاة والسلام سماه قاضيا ولولا ان التولية تصح لما سماه قاضيا
ولان الصحابة اجازوا احكام من تغلب من الامراء وجاروا وتقلدوا منهم الاعمال
وصلوا خلفهم ولولا ان توليتهم صحيحة لما فعلوا ذلك **قال** رحمه الله
والفاسق يصلح مفتيا وقيل لا يصلح لانه من امور الدين وخبره غير مقبول في
الديانات وجه الاول انه مجتهد حذرا والنسبة الى الخطا **قال** رحمه الله
ولا ينبغي للقاضي ان يكون فظا غليظا جبارا عنيدا وينبغي ان يكون موثوقا
به في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والاثار ووجوه الفقه
ويكون شديدا من غير عنف لينا من غير ضعف لان المقصود من القضاء دفع
الفساد وايصال الحقوق الى مستحقها واقامة حقوق الله تعالى وهو من اهم
الامور للمسلمين والقوي واجب عليهم فكل من كان اعرف واقدر واوجه واهيب
واصبر على ما اصابه من الناس كان اولى وينبغي للمولي ان يتفحص في ذلك ويولي
من هو اولى لقوله عليه السلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه
فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين **قال** رحمه الله والاجتهاد
شرط الاولوية لانه اقدر على الحكم بالحق واختلفوا في حد الاجتهاد قيل ان
يعلم الكتاب بمعانيه والسنة بطرقها والمراد بعلمهما علم ما يتعلق به الاحكام
منهما ومعرفة الاجماع والقياس ليمكنه استخراج الاحكام الشرعية واستنباطها
من ادلتها بطرقها ولا يشترط معرفة الفروع التي استخرجها المجتهدون
باراءهم وقال بعضهم يشترط مع هذا ان يكون عارفا بالفروع المبنية على
اجتهاد السلف كابي حنيفة والشافعي وغيرهما من المجتهدين وقال بعضهم
حفظ المبسوط ومذهب المتقدمين وهو من اهل الاجتهاد والاشبه ان يقول
صاحب حديث له معرفة بالفقه او بالحديث كيلا يشتغل بالقياس في المنصوص
عليه وقيل لا بد مع هذا ان يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس
لان كثيرا من الاحكام ينبني عليها **قال** رحمه الله والمفتي ينبغي ان يكون
هكذا يعني في العلم والامانة لانه اقدر على المقصود وابعد من الغلط
واكثر اهتماما في دينه عند تخرج الحوادث فيكون كلامه اوثق فيعتمد عليه

قال رحمه الله ويكره التقلد لمن خاف الحيف أي الظلم كيلا يكون
ذريعة إلى مباشرة الظلم قال رحمه الله وإن أمنه لا أي إن أمن الظلم
لا يكره التقليد لأن خيار الصحابة والتابعين وعلمائهم تقلدوه وكفى
بهم قدوة قال رحمه الله ولا يسأل القضاء لقوله عليه السلام
من طلب القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك فيسدده وكان
من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم عليه ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم
وكره بعض مشايخنا أن يدخل في القضاء مختارا لقوله عليه السلام من جعل
بالقضاء فكأنما ذبح بغير سكين ولأن القضاء بالحق لا يمكنه إلا بأعوان وقد
لا يعينه عليه أحد وكان في بني إسرائيل من فرغ نفسه للعبادة ستين سنة
ترجى له النبوة فإذا اشتغل بالقضاء انسلخ من نبوته وهذا دليل على أنه
مسقطة وإذا تعين هو للقضاء بأن لم يكن أحد غيره يصلح للقضاء وجب
عليه الطلب صيانة لحقوق المسلمين ودفعا لظلم الظالمين قال
رحمه الله ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر ومن أهل البغي
لأن الصحابة تقلدوه من معاوية في نوبة علي وكان الحق بيد علي في نوبته
وقد قال علي إخواننا بغوا علينا وعلماء السلف تقلدوه من الحجاج إلا إذا
كان لا يمكنه من القضاء بالحق فيحرم عليه لأنه يحصل به ضرر الحيف قال
رحمه الله فإن تقلد يسأل ديوان قاض قبله وهي الخرائط التي فيها
السجلات والمحاضر وغيرها من الصكوك ونصب الأولياء والقيام في الأوقاف
وتقدير النفقات المفروضات لأن الديوان وضع ليكون حجة عند الحاجة فيجعل
في يد من له ولاية القضاء وهذا لأن القاضي يكتب نسختين إحداهما
في يده لاحتمال الحاجة إليها والأخرى في يد الخصم لا يؤمن عليها التغيير
بزيادة أو نقصان ثم إن كانت الأوراق من بيت المال فلا إشكال في وجوب
تسليمها إلى الجديد لأنها إنما كانت في يد الأول لعمله وقد انتقل العمل
إلى غيره فلا معنى لتركها في يد المعزول وكذا إذا كان من مال
الخصوم أو من مال القاضي في الصحيح لأن الخصوم وضعوها في يده لعمله
وكذا القاضي عمل على أنه عمل ذلك تدينا لا تمولا فيجب تسليمه إليه ويبعث
عدلين من أمنائه أو عدلا واحدا والاثنان أحوط ليقبضا ديوان المعزول
بحضرته أو بحضرة أمينه ويسألان المعزول شيئا فشيئا فما كان فيها من نسخ
السجلات يجعلانه في خريطة وما كان من نصب الأوصياء في مال اليتامى
يجعلانه في خريطة وما كان من نسخ قسم الأوقاف يجعلانه في خريطة
وما كان من الصكوك يجعلانه في خريطة لأن هذه النسخ كانت تحت تصرفه

المعزول فلا تشتبه عليه متى احتاج إلى النسخة منها فأما الجديد فيشتبه
عليه ولو لم يجمع كل نوع منها في خريطة وبالجمع يسهل وإنما يسألان المعزول
فإن لم يكن قوله حجة ليتكشف عنهما ما أشكل عليهما فإذا اقتضاه ذلك ختما عليه
تحرزا عن التغيير قال رحمه الله وينظر في حال المحبوسين أي القاضي
الجديد ينظر في حالهم لأنه نصب ناظرا للمسلمين قال رحمه الله فمن أقر
بحق أو قامت عليه البينة ألزمه لأن كل واحد منهما حجة ملزمة ولا يقبل
قول المعزول لأنه بالعزل التحق بواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة
لا سيما على فعل نفسه وإن لم يقم عليه بينة وادعى المحبوس أنه حبس ظلما
لا يعجل بتخليته قال رحمه الله وإلا نادى عليه أي إن لم تقم عليه بينة
ولا أقر نادى عليه لأن المعزول حبسه بحق ظاهر فلا يستعجل بتخليته حتى ينكشف
له حاله وينادي عليه إذا جلس للحكم أياما ويقول المنادي من كان يطالب
فلان ابن فلان المحبوس بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبينه فإذا حضر فالرأي
القاضي أن يطلقه فإن حضر له خصم فيها وإلا أخذ منه كفيلا وأطلقه والفرق
لأبي حنيفة بين هذه المسألة وبين قسمة التركة حيث لا يؤخذ من الورثة كفيل
إذا أرادوا القسمة عنده لأن الورثة ظهر حقهم في المال فلا يؤخذ الكفيل
لاحتمال أن يكون له وارث غيرهم لأن ذلك موهوم فلا يعارض المحقق وفي
هذه المسألة أن القاضي لا يحبسه إلا بحق ظاهر واحتمال حبسه بغير حقه
موهوم فلا يعارض الظاهر وهذا لأن فعل المسلم يحمل على الصلاح ما أمكن
فيحمل عليه حتى يظهر خلافه قال رحمه الله ويعمل في الودائع وغلات
الوقف ببينة أو إقرار ذي اليد لأن كل واحد منهما حجة والمراد بالإقرار إقرار من في
يده لأن إقرار الأجنبي غير مقبول قال رحمه الله ولا يعمل بقول المعزول
إلا أن يقر ذو اليد أنه سلمها إليه فيقبل قوله فيهما أي في الودائع وغلات
الوقف لأن المعزول التحق بالرعايا فلا يقبل قوله إلا أن يعترف الذي في
يده أن القاضي سلمها إليه فيقبل قوله فيها لأنه ثبت بإقراره أنه مودع
القاضي ويد المودع كيده فصار كأنه في يده فيقبل إقراره به إلا إذا بدأ
صاحب اليد بالإقرار لغيره ثم أقر بتسليم القاضي إليه والقاضي يقر به لغيره
فيسلم إلى المقر له الأول ويضمن الأول قيمته للقاضي بإقراره للثاني والمسألة
على أربعة أوجه إما أن يقر بأنه سلمه إليه بعدما أقر به لغيره أو ينكر التسليم
فحكمهما ما ذكرناه أو يقر بأن المعزول سلمه إليه ثم يقر به لغيره فلا يقبل
إقراره الثاني لأنه لما أقر بأن القاضي سلمه إليه صار كأنه في يد القاضي
والرابع أن يقر بأن القاضي سلمه إليه ثم يقول لا أدري لمن هو فحكمه ظاهر

قال رحمه الله ولا يقضي في المسجد وكذلك السلطان يجلس للحكم في المسجد وقال
الشافعي يكره ذلك لانه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى انما المشركون
نجس فلا يقربوا المسجد الحرام والحائض وهي ممنوعة من دخوله ولانه بني لذكر
الله تعالى ولاقامة الصلوات لا للخصومات والمنازعات ولنا قوله عليه
السلام انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان عليه السلام يفصل
الخصومات في معتكفه والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون للحكم في المساجد
ولان الحكم عبادة على ما بيناه من قبل فيجوز اقامتها في المسجد كالصلاة ثم
بعد من الاشتباه على الغرباء وبعض المقيمين وابعد من التهمة في حق القاضي
فكان اولى ولنجس بدن المشرك نجاسة ملوث وانما ذلك في اعتقاده والحائض
تخبر بحالها لانها مسلمة فيخرج لها القاضي كما اذا كانت الخصومة على الدابة
فالجامع اولى لانه اشهر واسهل على الناس اذا كان وسط البلد وان كان
في الطرف يختار مسجدا اخر في وسط البلد قال رحمه الله او داره لان
الحكم عبادة ولا يختص بمكان فجاز ان يحكم في منزله فاذا جلس للحكم في منزله
اذن للناس بالدخول عليه ولا يمنع احدا من الدخول عليه ويجلس معه من كان
يجلس معه في المسجد ثم لا باس به اذا كان منزله في وسط البلد والا فيقعد
في وسط البلد لما ذكرنا فحاصله ان الجلوس للحكم ان يكون في اشهر الاماكن
وبجامع الناس وليس فيه حاجب ولا بواب افضل ولو حكم في اي مكان شاء جاز
ولا يحكم وهو ماشي لان الراي لا يجتمع وهو مشغول بالمشي ولا باس بان يقعد
في الطريق اذا كان لا يضيق على المارة ولا باس بان يحكم وهو متكئ لانه يزيد
في الراي لزيادة راحة فيه ولكن القضاء مستوي الجلوس افضل تعظيما
لامر القضاء وعن ابي يوسف استفتي عن مسئلة وهو متكئ فاستوى وارتدى
وتعمم ثم وقف تعظيما لامر الفتيا ولا يجلس وحده لانه يورث التهمة وان
جلس وحده فلا باس به اذا كان عالما بالقضاء وان كان جاهلا يستحب
له ان يقعد معه اهل العلم لانه لا يؤمن ان يزل عن الحق فينبهونه عليه
ويجلسهم قريبا منه للمشورة وكذا اهل العدل للشهادة عليه بخلاف الاعوان
حيث يكونون بعيدا عنه للهيبة وهو اهيب قال رحمه الله ويرد
هدية الا من قريبه او ممن جرت عادته بذلك لان الاولى صلة الرحم وردها
من قريبه قطيعة وهي حرام والمراد بالقريب هو ذو الرحم المحرم والثانية
ليست لاجل القضاء وانما هي جري على العادة فلا يتوهم فيهما الرشوة حتى
لو كان لهما خصومة او زاد على العادة يرده لانه لاجل القضاء وانما هي
جري على العادة فلا يتوهم فيهما الرشوة حتى لو كان لهما خصومة او زاد على

العادة

العادة يرده لانه لاجل القضاء وانما هي جري على العادة فلا يتوهم فيهما الرشوة
حتى لو كان لهما خصومة او زاد على العادة كما كانت الصحابة قال
رحمه الله ودعوة خاصة اي لا يحضر دعوة خاصة لانها جعلت لاجله والخاصة
هي التي لا يتخذها صاحبها لولا حضور القاضي وقيل كل دعوة اتخذت من
غير العرس والختان فهي خاصة ولم يفصل في الخاصة بين ان يكون من القريب
او من غيره وبين ما اذا جرت له عادة بها او لم تجر قال في الكافي وان كان
بين القاضي وبين المضيف قرابة يجيبه في الدعوة الخاصة لان اجابة
دعوته صلة الرحم قال كذا ذكره الخصاف بلا خلاف وذكر الطحاوي ان على
قول ابي حنيفة وابي يوسف لا يجيب الدعوة الخاصة للقريب وعلى قول محمد
يجيب وانما لا يجيب الدعوة الخاصة للاجنبي اذا لم يجب الدعوة لاجله
قبل القضاء فعلى هذا لا فرق بينها وبين الهدية وهو القياس قال رحمه
الله ويشهد الجنازة ويعود المريض لقوله عليه السلام للمسلم على المسلم ستة
حقوق اذا دعاه ان يجيبه واذا مرض ان يعوده واذا مات ان يحضره واذا
لقيه ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه واذا عطس ان يشمته وحق
المسلم لا يسقط بالقضاء لكن لا يطيل مكثه في ذلك المكان وان كان للمريض
خصومة مع احدهما يعوده قال رحمه الله ويسوي بينهما جلوسا واقبالا
اي يسوي بين الخصمين في الجلوس لقوله عليه السلام اذا ابتلي احدكم بالقضاء
فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولانه اذا قدم احدهما يجترئ
على خصمه وينكسر قلب صاحبه فيؤدي ذلك الى ترك حقه وينبغي للخصمين اذا
حضرا بين يدي القاضي ان يجثوا بين يديه ولا يتربعان ولا يقعيان
ولا يحتبيان وان فعلا ذلك منعا تعظيما لامر الحكم كما يجلس المتعلم بين يدي
المعلم تعظيما له ويكون بينهما وبين القاضي قدر ذراعين او نحو ذلك بحيث
يسمع كلامهما من غير تكلف باصغاء او رفع صوت ولا يقعد تقديما له على
صاحبه ويفعل ذلك بين الكبير والصغير حتى يجب عليه ان يسوي فيه بين
الاب والابن وبين الخليفة والرعية وبين الذمي والشريف وهذا دليل
على ان القاضي يقضي على الملك الذي ولاه القضاء وهكذا فعل شريح بعلي
مع خصمه واحد من الرعية وعلى خليفته فاذا سوى بينهما بالفعل فلا حرج عليه
فيما يجد في قلبه من الميل الى احدهما بعد ان حكم بينهما بالحق لان ذلك قدرة
له عليه اي يجتنب هذه الاشياء لان فيه تهمة وتكسر قلب الاخر ولو اضافهما
جملة فلا باس لوجود التسوية بينهما قال رحمه الله والمزاح اي يجتنب
المزاح مطلقا معهما او مع احدهما او مع غيرهما في مجلس الحكم ولا يكون

في غيره لانه يذهب بالمهابة فحاصله انه لا يكلمهما بغير ما قدما اليه لاجله
فان ذلك يذهب حشمة مجلس القضا فاذا حضرا فهو بالخيار ان شاء بدأهما
بالكلام فقال ما لكما وان شاء تركهما ليبدأه بالمنطق وهو احسن كيلا يكون
مهيجا للخصومة لانه قعد لقطعها واذا تكلم المدعي ذلك وقبل من
غير طلبه لانهما اذا تكلما جملة لا يتمكن من الفهم هذا اذا كانت دعواه صحيحة
وان لم تكن دعواه صحيحة قال له قم فصحح دعواك لان الجواب لا يستحق
الا بعد تصحيح الدعوى منه ويرتب الناس في الفصل على ترتيب مجيئهم
فيبتدئ بالسابق ويجعل في ذلك امينا يخبره ولا يجمع بين النساء والرجال في
زحمة بل يجعل للرجال في ناحية والنساء في ناحية الا اذا كان لاحدهما على
الاخر دعوى فيجلسانه بين يديه وقت الدعوى **قال** رحمه الله ولا يلقن
الشاهدان يجتنب تلقين الشاهد ايضا لان فيه اعانة لاحد الخصمين
فيوهم الميل اليه فيكون كسر قلب الاخر فصار كتلقين احد الخصمين واستحسنه
ابو يوسف في غير موضع التهمة لانه قد يحصر وقد يقول اعلم مكان قوله اشهد
لمهابة المجلس فكان في تلقينه احياء الحق ولا تهمة في مثله فكان من باب الاعانة
على البر كاشخاص الخصم وتكفيله وحيلولته بينه وبين اشتغاله بعد ثبوت الحق
عليه وهذا نوع رخصة عنده رجع اليه بعد ما تولى القضا والعزيمة
قولهما لانه لا يخلو عن نوع تهمة في المجلس **قال** ولما كان بعض الناس يستحق
العقوبة بسبب دعارته والحبس يصلح للعقوبة ذكره في كتاب القضا وجعله من
جملته وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى في قطع
الطريق او ينفوا من الارض والمراد به الحبس واما السنة فلانه عليه السلام
حبس رجلا بالتهمة وحبس رجلا اخر من جهينة اعتق شقصا له في مملوك واما
الاجماع فلان الصحابة ومن بعدهم اجمعوا عليه الا ان في زمن النبي عليه السلام
وزمن ابو بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم لم يكن سجن وكان يحبس في الدهليز
والمسجد والربط ولما كان في زمن علي عمل السجن وكان من هوا وقصب بناه في الابتداء
وسمي السجن نافعا ولم يكن حصينا فانفلت الناس منه وبنى سجنا اخر وسماه
مخيسا وقال فيه شعر • الا تراني كيسا مكيسا • بنيت بعد نافع مخيسا •
قال رحمه الله واذا ثبت الحق للمدعي امره بدفع ما عليه فان ابى
حبسه في الثمن والقرض والمهر المعجل وما التزمه بالكفالة معناه
يحبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده او التزمه بعقد باختياره
ظهرت قدرته لانا تيقنا بحصول المال له والظاهر بقاؤه بالتقلب فيه وكذا
ما يلتزم الانسان باختياره ما لا يقدر عليه عادة فاذا ظهر مطله مع القدرة

فهو ظالم لقوله عليه السلام مطل الغني ظلم استحق العقوبة ثم شرط الحبس بعد
امره ولم يفصل بين ما اذا ثبت الحق عليه ببينة او اقرار وفرق بينهما في الهداية
فقال اذا ثبت بالبينة يحبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره وان ثبت باقراره
لم يعجل بحبسه لانه لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال
فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله ومثله حكي عن
الصدر الشهيد والمحكي عن شمس الائمة السرخسي عكس ذلك لانه اذا ثبت
بالبينة فهو معتذر فيقول ما علمت ان له علي دينا الا الساعة فاذا علمت قضيت
ولا يتاتى ذلك في الاقرار والاحسن ما ذكره هنا فانه يؤمر بالايفاء مطلقا لانه
يحتمل ان يوفي فلم يعجل بحبسه قبل ان يتبين حاله بالامر والمطالبة بذلك
والصواب انه يحبسه فيما اذا طلب المدعي ذلك حتى يتبين له فان اقر انه له
مالا امره بالدفع فان ابى حبسه لظهور مطله وان انكر المال والمدعي يقول
له مال فالقاضي يقول للمدعي الك بينة ان له مالا فاذا اقام البينة ان له مالا
امره بالدفع فان ابى حبسه وان عجز عن البينة والمدعي يدعي انه له مالا
وهو منكر كان القول قول المدعي فيما ذكره في المختصر من الديون وهو كل دين
لزمه بدلا عن مال حصل في يده او التزمه بعقد فيحبسه لما ذكرنا **قال**
رحمه الله في غيره اذا ادعى الفقر الا ان يثبت غريمه غناه فيحبسه ما رأى
في غير ما ذكرنا من الديون وذلك مثل ارش الجنايات وديون النفقات وضمان
الاعتاق لان ذلك مما ليس ببدل المال ولا ملتزم بعقد ان ادعى الفقر الا ان يثبت
المدعي المال فيحبسه لقدرته حينئذ لان المنكر متمسك بالاصل اذ الاصل
ان الادمي يولد فقيرا لا مال له والمدعي يدعي امرا عارضا فكان القول للمتمسك
مع يمينه ما لم يكذبه الظاهر الا ان يثبت المدعي ان له مالا بخلاف الفصل
المتقدم لان الظاهر يكذبه لان المال فيه حصل في يده ولا يلتزم الانسان
عادة ما لا يقدر عليه فظهر بذلك والمراد بالمهر المعجل الذي يحبس فيه
ما تعارف تعجيله والزائد عليه لا يحبس فيه لانه رضي بتاخير المطالبة
وان كان حالا فلا يدل دخوله في العقد على انه قادر عليه واختار الخصاف
ان القول للمديون في جميع ذلك لانه متمسك بالاصل وهو العسرة والمدعي يدعي
عارضا ولا يسمع دعواه وهو مروي عن اصحابنا واختار ابو عبد الله البلخي ان
كل دين اصله مال كثمن المبيع وبدل القرض فالقول فيه قول المدعي لانه دخل
في ملكه مال وعرفت قدرته بذلك والمنكر يدعي خلاف ذلك فلا يقبل قوله
وكل دين لم يكن اصله مالا كالمهر وبدل الخلع وما اشبه ذلك كله كان القول
فيه قول المدعى عليه لانه لم يدخل شيء في ملكه ولم يعرف غناه فكان متمسكا بالاصل

وهو مروي عن ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد بعضهم كل دين ما كان سبيله سبيل
البر والصلة كان القول قول المدعى عليه كما في نفقة المحارم ونحوه وفيما سوى
ذلك القول قول المدعي وقال بعضهم كل دين التزمه بعقد قد بينا كان القول فيه
قول المدعي اذ لا يلتزم ما لا يقدر عليه والا فالقول للمنكر لتمسكه بالاصل
وذكر في كتاب النكاح ان المرأة اذا ادعت ان الزوج موسر وطلبت نفقة
الموسرات وادعى هو الفقر كان القول قوله وذكر في كتاب العتاق ان احد
الشريكين اذا اعتق العبد المشترك وزعم انه معسر كان القول قوله وهاتان
المسئلتان تخرجان على الاقوال كلها ولا يخالفان شيئا منها فيكون القول
فيها قول المنكر باتفاق الاقاويل وقال ابو جعفر البلخي يحكم الزي فان كان هيئته
هيئة الفقراء يعني المديون كان القول قوله وان كانت هيئته هيئة الاغنياء كان القول
قول المدعي الا اذا كان من الفقهاء والاشراف والعباسية فانهم يتكلفون
في اللبس فلا يدل على غناهم قال رحمه الله يحبسه بما رأى اي يحبسه
قدر ما يرى يعني فيما اذا كان القول قول المدعي او في غيره ولكن المدعي
اثبت المال بالبينة او بنكول المدعى عليه او باقراره وهذا اشارة الى انه
ليس لحبسه مدة مقدرة وانما هو مفوض الى رأي القاضي يحبسه حتى يغلب
على ظنه انه لو كان له مال لاظهره ولم يصبر على مقاساته وذلك يختلف
باختلاف الشخص والزمان والمكان والمال فلا معنى للتقدير وما جاء فيه
من التقدير بشهرين او ثلاثة او اقل او اكثر اتفاقي وليس بتقدير حتما قال
رحمه الله ثم يسأل عنه اي القاضي يسأل عن المحبوس بعد ما حبسه قدر ما يراه
فان قامت بينة على اعساره اخرجه من الحبس ولا يحتاج فيه الى لفظ الشهادة
والعدل الواحد يكفي هذا والاثنان احوط وكيفيته ان يقول الشاهد
ان حاله حال المعسرين في نفقته وكسوته وحالته ضيقة وقد اختبرنا حاله
في السر والعلانية وقال شيخ الاسلام هذا السؤال من القاضي عن حال
المديون بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب لان الشهادة بالاعسار
شهادة بالنفي والشهادة بالنفي ليست بحجة فكان للقاضي ان لا يسأل
ويعمل برأيه ولكن لو سأل مع هذا كان احوط قال رحمه الله فان لم يظهر
له مال خلاه لان عسرته ثبتت عنده واستحق النظرة الى الميسرة لقوله
تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فحبسه بعد ذلك يكون ظلما
قال رحمه الله ولم يحل بينه وبين غرمائه اي لا يمنعهم عن ملازمته وهذا
عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد وزفر يمنعهم لانه منظر بانظار الله
تعالى الى الميسرة فلو كان منظرا بانظارهم بان ضربوا له الاجل لا يكون

لهم

لهم حق الملازمة قبل الاجل وكذا بانظاره تعالى بل اولى ولكنا
نقول هو منظر الى زمان قدرته على الايفاء وذلك يمكن في كل ساعة فيلازمه
كيلا يخفيه ولانه قد يكتسب فوق حاجته الدارة فيأخذون منه فضل
كسبه بخلاف الاجل لان الغريم ليس له ان يطالب قبل حلول الاجل مع القدرة
على ادائه لانه مؤخر وفيما نحن فيه نفس الدين حال وذمته مشغولة ولكن
لا يطالب لعسرته وزوال العسرة متوقع في كل لحظة فيلازمونه قال
رحمه الله ورد البينة على افلاسه قبل حبسه لانها بينة على النفي فلا تقبل
ما لم يتأيد بمؤيد وهو الحبس وبعده تقبل على سبيل الاحتياط لا على
الوجوب على ما بينا وعند محمد انها تقبل وبه يفتي كان يفتي الفقيه
ابو بكر محمد بن الفضل ونصير بن يحيى وعامة المشايخ على الاول قال
رحمه الله وبينة اليسار احق يعني اذا اقام المدعي البينة على اليسار واقام
المدعى عليه على الاعسار كانت بينة اليسار اولى لان اليسار عارض
والبينة للاثبات قال رحمه الله وابد حبس الموسر لان الحبس جزاء الظلم
فاذا امتنع من ايفاء الحق مع القدرة خلده في الحبس وفي الجامع الصغير
رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا ابد حبسه
وان كان معسرا خلى سبيله قال فخر الاسلام معنى المسئلة اذا كان جاحدا
فاقر عند القاضي وظهر للقاضي جحوده عند غيره او ظهر مطله بعد ما
اقر عند غيره فحينئذ يحبسه كما مر قال رحمه الله ويحبس الرجل بنفقة
زوجته لانه ظالم بالامتناع عن الانفاق بخلاف النفقة
الماضية لانها تسقط بمضي الزمان ولئن لم تسقط بان حكم الحاكم بها او اصطلح
الزوجان عليها فانها ليست ببدل عن مال التزمه بعقد كما بينا
قال رحمه الله لا في دين ولده لانه لا يستحق العقوبة بسبب ولده
الا ترى انه لا يجب عليه القصاص بقتله ولا بقتل مورثه ولا يجب عليه
الحد بقذفه ولا بقذف امه الميتة بطلبه قال رحمه الله الا اذا ابى
من الانفاق عليه يعني لا يحبسه بسبب الابن الا اذا امتنع من الانفاق
عليه فانه حينئذ يحبسه لان النفقة لحاجة الوقت وهو بالمنع قصد اهلاكه
فيحبس لدفع الهلاك عنه الا ترى ان له ان يدفعه بقتله اذا شهر عليه
السيف ولم يكن دفعه الا بالقتل ولان دين النفقة يسقط بمضي الزمان
فلو لم يحبس عليها لفوت بخلاف سائر الديون لانها لا تسقط بمضي الزمان
فلا يخاف فيها الفوات وهكذا حكم الاجداد والجدات وان علوا وكذا المولى
لا يحبس بدين عبده المأذون ان لم يكن على العبد دين لانه ماله ولو كان

وان كان عليه يحبس لان الحبس لحق الغرما وهم اجانب فلا يمتنع ولا يحبس
العبد بدين المولى لانه لا يجب له عليه دين والمولى يحبس بدين مكاتبه
اذا لم يكن من جنس بدل الكتابة وان كان من جنسه لا يحبس لوقوع المقاصة
ولانه اذا من جنسه فقد ظفر بجنس حقه فلو اخذ بخلاف ما اذا كان من خلاف
جنسه لانه ليس له ان يجعله بالدين الا برضاه والمولى بمنزلة الاجنبي عنه
حتى يجب لانه ليس له ان يجعله بالدين عليه الارش بالجناية ويضمن ما اتلف
من ماله وكذا الحبس بدينه اذا ظهر ظلمه بالمماطلة ولا يحبس المكاتب لمولاه
بدين الكتابة لانه لا يصير ظالما بالامتناع عن بدل الكتابة لتمكنه من فسخ الكتابة
من غير رضا مولاه ويحبس بدين اخر غير الكتابة لانه يصير ظالما بمنعه اذ لا
يقدر على فسخ بسبب ذلك الدين وقال بعض مشايخنا لا يحبس فيه ايضا لانه
يتمكن من اسقاطه هذا الدين ايضا بان يعجز نفسه فيرد رقيقا فيسقط عنه
دين المولى فصار كبدل الكتابة الا ترى ان الكتابة به لا تجوز كما لا تجوز ببدل
الكتابة بخلاف ما اذا كان الدين للاجنبي والفرق بينهما على الظاهر ان
بدل الكتابة ليس بدين على الحقيقة لانه صلة من وجه بخلاف غيره من الديون
ثم صفة الحبس ان يكون في موضع ليس فيه فراش ولا وطاء ولا يخلى احد ان يدخل عليه
يستانس به ولا يخرج لجماعة ولا لجمعة ولا لحج فرض ولا يحضر جنازة ولو اعطى
كفيلا ولو لمجيء رمضان ولا للاعياد ليضجر قلبه ولا يوفي ولا يخرج لموت قريبه
الا اذا لم يجد من يغسله ويكفنه فيخرج حينئذ لقرابة الولاد وفي رواية
يخرج وان وجد من يجهزه وان مرض مرضا اضناه فان كان له من يخدمه لا يخرج
والا اخرج ولا يخرج منه معالجة لامكان المعالجة في السجن وان احتاج الى الجماع
لا يمنع من دخول امرأته او جاريته عليه ان كان في السجن موضع سترة لانه
اقتضاء شهوة الفرج كاقتضاء شهوة البطن وقيل يمنع لان الوطي من فضول
الحوائج بخلاف الاكل والشرب فان منعه يؤدي الى الهلاك ويمكن من حضر له
تناول مال الغير حالة المخمصة خوفا من الهلاك وكيف يجوز قتله لاجل الدين
ولا يمنع من دخول قراباته وجيرانه عليه لانه يحتاج اليهم للمشاورة والتدبير
في قضاء الدين ولكن لا يكونون من المكث طويلا والمال الذي يحبس فيه غير مقدر
حتى يحبس في درهم وما دونه لان مانعه ظالم متعنت والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب القاضي الى القاضي وغيره

اعلم ان هذا الباب ليس من كتاب القضاء لانه اما نقل شهادة او نقل حكم وكل
ذلك ليس منه وانما اورده فيه لانه من عمل القضاة فكان ذكره انسب
قال رحمه الله ويكتب القاضي الى القاضي في غير حد وقود وهذا استحسان

والقياس ان لا يجوز لان كتابته لا تكون اقوى من عبارته فلو حضر بنفسه
الى القاضي المكتوب اليه وعبر بلسانه ما في الكتاب لم يعمل فكان بالاولى
لان الكتاب قد يزور والخط يشبه الخط وكذا الخاتم يشبه الخاتم فكان
اكثر احتمالا من البينة وجه الاستحسان ما روي عن علي كرم الله وجهه اجاز
ذلك لحاجة الناس اليه لانه قد يتعذر على الانسان الجمع بين شهوده وخصمه
ثم هو على ضربين نقل حكم وهو يسمى سجلا وكتابا حكميا ونقل شهادة
وهو المراد هنا ولا يقال يستغنى عنه بالشهادة على الشهادة فلا حاجة
اليه لانا نقول يحتاج القاضي في الشهادة على الشهادة الى تعديل
الاصول وقد يتعذر ذلك لا سيما اذا كان في بلاد الغربة وتعسر نقل الشهادة
على وجهها ايضا اذ اكثر الناس لا يحسنون ذلك وفي كتاب القاضي غنية عنه لانه
هو يعدل الشهود ولا يحتاج فيه الى نقل الشهادة وانما ينقل كتابه فيجب
ولا يجوز ذلك في الحدود والقصاص لما فيه من الشبهة من زيادة الاحتمال وقوله
في غير حد وقود يدخل تحته كل حق لا يسقط بالشبهة كالدين والنكاح والطلاق
والشفعة والوكالة والوفاة والوراثة والقتل اذا كان موجبا للمال
والنسب من الحي والميت والغصب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة والاعيان
المنقولة كالعبد والجارية وغير المنقولة كالعقار يروى ذلك عن محمد وعليه
الفتوى للمتأخرين وهو الذي يفتى به للضرورة وفي ظاهر الرواية لا يجوز
في المنقول للحاجة الى الاشارة اليها عند الدعوى والشهادة بخلاف العقار
وغيره من الحقوق لانها تعرف بالوصف اذ لا يمكن الاشارة الى الدين و
والعقار يعرف بالحدود ولا يحتاج الى احضاره الى مجلس الحاكم قضاء كالدين
وفي دعوى النكاح المقصود نفس النكاح لا نفس المرأة ونفس الرجل وانما
هما كالدائن والمدين والنكاح كالدين وكذلك الطلاق يحتاج فيه الى
الاشارة وعن ابي يوسف انه اجاز في العبد دون الامة وغيرهما من المنقول
لغلبة الاباق فيه ولتعذر دفع الامة الى رجل لم يحكم له بالملك ليبعثها
الى الكاتب وعنه انه اجاز في الامة ايضا بشرائطه وهي ان يكلف المدعي
انه كان له عبد ابق وهو اليوم في يد فلان ويعرف العبد غاية التعريف بصفته
واسمه وسنه وقيمته ويكتب ويذكر انه شهد عندي فلان وفلان بان العبد
الهندي الذي يقال له فلان حليته كذا وقامته كذا وسنه كذا وقيمته
كذا ملك فلان المدعي هذا وقد ابق الى بلد كذا وهو اليوم عند فلان بغير حق
فاذا وصل الكتاب اليه وثبت عنده انه من عند الكاتب وفضه بشروطه
على ما يجيء سلم العبد الى المدعي من غير ان يقضي له بالملك لان الذين شهدوا

لم يشهدوا بحضرة العبد ويؤخذ كفيلا من المدعي بنفس العبد ويجعل خاتما من
رصاص في عنق العبد حتى لا يتعرض له متعرض في الطريق انه سرقه ويكتب
كتابا الى الكاتب بذلك ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب
فاذا وصل الكتاب الى القاضي الكاتب وشهد الشهود ان هذا كتابه وختمه
امر المدعي ان يحضر شهوده الذين شهدوا عنده فيعيدوا الشهادة بالاشارة
الى العبد انه ملكه فاذا شهدوا حكم به وكتب الى المكتوب اليه او لا يبرئ
كفيله وقيل لا يحكم له به لان الحكم على الغائب لا يجوز لان الخصم الذي كان
عنده العبد هو الخصم وهو غائب ولكن يكتب ما جرى عنده ويشهد شاهدين
على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد والكتاب معه الى ذلك الحاكم حتى يقضي
له به بحضرة المدعى عليه فاذا وصل الكتاب اليه فليفعل هو كذلك ويبرئ
الكفيل وانما فعل كذلك ليقطع وهم الشركة لانه ربما يشاركه غيره في الاسم
والصفة والحلية وفي المقضي عليه وهو الذي في يده العبد وهذه الجهالة
بالاحضار والاشارة اليه ترتفع فلهذا يجب احضاره والجارية كالعبد فيما
ذكرنا الا انه لا يبعثها الى المدعي او المدعي بل يبعثها مع امين معه **قال**
رحمه الله فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وحضور الخصم
قال رحمه الله وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا اي كتاب الحكم يسمى سجلا وانما
يكتب حتى لا ينسى الواقعة على طول الزمان وليكون الكاتب مذكرا لها والا
فلا يحتاج الى كتابة الحكم لانه قد تم بحضور الخصم بنفسه او من يقوم مقامه
الا اذا قدر انه غاب بعد الحكم عليه وجحد فحينئذ يكتب له ليسلم اليه حقه
او لينفذ حكمه **قال** رحمه الله والا لم يحكم اي ان لم يكن الخصم حاضرا لا يحكم
لان الحكم على الغائب لا يجوز لما عرف في موضعه ولو حكم به حاكم يرى ذلك ثم نقل
اليه نفذه بخلاف الكتاب الحكمي حيث لا ينفذ خلاف مذهبه ولان الاول
محكوم به فلزمه والثاني ابتداء فلا يجوز له **قال** رحمه الله وكتب الشهادة
ليحكم المكتوب اليه وهو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة
لان الحاكم الكاتب لم يحكم بالشهادة وانما نقلها ليحكم بها المكتوب اليه ولهذا
يحكم المكتوب اليه برايه وان خالف رايه راي الكاتب بخلاف السجل فانه ليس
له ان يخالفه وينقض حكمه لان الحكم الاول قد استحكم بالقضاء وهو فصل مجتهد
فيه ان كان الخصم غائبا والا فمتفق عليه فلا يكون لاحد من القضاة نقضه
فاذا لا فرق بين كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة الا من حيث
ان شهود الفرع شهدوا على شهادة الاصول الناقلون لكتاب القاضي يشهدون
على ان الكتاب من القاضي وان القاضي المكتوب اليه لا يحتاج الى التعديل

الشهود

الشهود والذين شهدوا في الحادثة وفي الشهادة على الشهادة لا بد من تعديلهم
قال رحمه الله وقرأ عليهم وختم عندهم وقرأ عليهم وختم عندهم وسلمه
اليهم اي القاضي الكاتب فعل ذلك كله وهو من شرائطه لانهم يشهدون عند
الثاني فلا بد من ان يقرأ عليهم الكتاب ليعرفوا ما فيه اذ لا شهادة بدون
العلم او يعلمهم بما فيه لان المعرفة تحصل به وهو المقصود ولا بد من ختمه بحضرتهم
ثم يسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير ولا بد للشهود من حفظ ما فيه لانهم يشهدون
به كما في سائر الشهادات ومن شرائطه ايضا ان يكون الكتاب عنوان وهو ان
يكتب فيه اسمه واسم ابيه وجده واسم القاضي المكتوب اليه وابيه وجده حتى
لو اخل بشيء منها لا يقبل الكتاب ويكتب العنوان من داخل الكتاب حتى لو كان
على الظاهر فيعمل به ويكتب فيه اسم المدعى عليه والمدعي على وجه يقع به التمييز
بذكر جدهما ويذكر الحق فيه ويذكر الشهود ان شاء وان شاء اكتفى بذكر شهادتهم
وعن ابي يوسف انه لا يشترط على الشهود الا نقل الكتاب والشهادة على انه
كتاب فلان ولا على الفاسق سوى كتابه الحاجة اليه التي لا بد من معرفتها
واختاره شمس الائمة لكونه اسهل **قال** رحمه الله فان وصل الى المكتوب
اليه نظر الى ختمه ولم يقبله بلا خصم وشهود لان هذا الكتاب ليحكم به
فلا يقبله الا بحضور الخصم كالشهادة بخلاف القاضي الكاتب حيث يسمع
الشهادة ويكتبها والخصم غائب لانه للنقل لا للحكم ونظيره الشهادة
على الشهادة حيث يشترط فيها حضور الخصم عند الاداء لا عند التحمل ويجوز
ان يزور الكتاب فلا يقبله الا ببينة عند انكار الخصم انه كتاب القاضي
وان اقر فلا حاجة الى اقامة البينة انه كتابه ولا يلزم كتاب المستامن من
اهل الحرب حيث يعمل به وان لم يقم به بينة بانه كتابهم لانه ليس بملزم وهذا
ملزم فلا بد من حجة تامة من شهادة رجلين او رجل وامراتين او اقرار
الخصم ولا يلزم رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي فانه
يكون معتبرا بلا بينة لان الالزام بشهادة الشهود لا بالتزكية وقال
ابو يوسف يأخذ القاضي المكتوب اليه الكتاب بغير بينة ولكن لا يعمل به
الا ببينة **قال** رحمه الله فان شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا
في مجلس حكمه واقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه
بما فيه يعني اذا ثبت عدالتهم بان كان القاضي الكاتب قد كتب عدالتهم
او سأل من يعرفهم من الثقات فزكوا واما قبل ظهور عدالتهم فلا يحكم به
ولا يلزم الخصم لانه لا يكون حجة الا بعد ظهور عدالتهم لانه قد لا يثبت
عدالتهم فيحتاج المدعي الى غيرهم من الشهود لاثبات ان الكتاب من القاضي

لانهم يشهدون بذلك قبل الفتح كالشهود الاول بخلاف قبول الكتاب
حيث يقبله اذا شهدوا انه كتابه قبل ثبوت عدالتهم بحضرة الخصم وقوله
سلمه الينا الاخر شرط للحكم به حتى اذا قالوا لم يسلمه الينا او لم يقراه علينا
او لم يختمه بحضرتنا لم يعمل به وشرط في الذخيرة حضور الخصم لقبول البينة
بانه كتاب فلان لا لقبوله الكتاب حتى لو قبله مع غيبة الخصم وغيره قبله
فيسهل في ذلك لما ابتلي بالقضا وليس الخبر كالمعاينة ولو وجد في الكتاب
ما يخالف شهادتهم رده ثم لا بد من مسافة بين القاضيين حتى يجوز كتاب القاضي
واختلفوا في تلك المسافة فمنهم من قال هي معتبرة بالشهادة على الشهادة
وهي مسيرة ثلاثة ايام في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه ان كان في مكان
لو غدا لادا الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد وعند محمد
انه يجوز الشهادة على الشهادة وان كان الاصل صحيحا في المصر وذكر الكرخي
في اختلاف الفقها ان كتاب القاضي الى القاضي مقبول وان كان في مصر
واحد فكانهما اعتبراه بالتوكيل وفي الظاهر اعتبر العجز قال رحمه الله
ويبطل الكتاب الى الثاني او بعد وصوله قبل ان يقراه عليهم لانه بمنزلة
الشهادة على الشهادة فموت الاصول قبل ادا الفروع الشهادة يبطل
شهادة الفروع فكذا هذا وكذا اذا خرج الكاتب او ارتد او عمي وقال
ابو يوسف لا يبطل بل المكتوب اليه يقضي به ذكر قوله في الامالي وهو قول
الشافعي لهما ان القاضي الكاتب بمنزلة شهود الفرع وكتابه بمنزلة ادا شهود
الفرع الشهادة لانه ينقل شهادة الذين شهدوا بالحق الى القاضي المكتوب
اليه والنقل قد تم بالكتابة فصار بمنزلة شهود الفرع اذا ماتوا بعد ادا
الشهادة قبل الحكم بها ولنا ان القاضي الكاتب وان كان ينقل شهادة
الذين شهدوا عنده الا ان هذا النقل حكم القضا الا ترى ان هذا النقل
سماع لا يصح الا من القاضي ولا يشترط فيه عدد ولا لفظ الشهادة ووجب
على القاضي الكاتب هذا النقل بسماع البينة وما يجب على القاضي بسماع
البينة قضا فثبت ان لهذا النقل حكم القضا وان لم يتم بعد لان تمامه
بوجوب القضا على المكتوب اليه ولا يجب القضا على المكتوب اليه قبل
وصول الكتاب اليه وقبل قراءته لان العلم بالمقضي به شرط لوجوب القضا
فلم يكن النقل تاما فيبطل بموت القاضي كما في سائر الاقضية اذا مات
القاضي قبل تمامها بخلاف شهود الفرع اذا مات الاصول بعد ادايهم الشهادة
لانهم اوجبوا الحكم على القاضي بشهادتهم فلا تسقط عنه الوجوب بموت الاصول
او بموت الفروع كما في سائر الشهادات اذا مات الشهود بعد الادا قبل الحكم

بشهادتهم

بشهادتهم فانه لا يسقط عنه الوجوب فكذا هذا بعد الادا قبل الحكم ه
بشهادتهم فانه لا يسقط عنه الوجوب فكذا هذا ولو قبله مع هذا وحكم به
ثم دفع الى قاض اخر وامضاه جاز لان قضاه صادف محلا مجتهدا فيه لان هذا
القضا مختلف فيه وان كان الاختلاف في نفس القضا ينفذ بالتنفيذ من
قاض اخر بخلاف ما اذا كان الاختلاف قبل القضا حيث ينفذ بنفس القضا
لما عرف في موضعه ولو مات القاضي الكاتب بعد ما قرا الكتاب لا يبطل في
ظاهر الرواية ويحكم به المكتوب اليه لانه وجب عليه القضا به بالقراءة
فلا يبطل بالموت كما لو مات الشاهد بعد الشهادة قبل الحكم بها وفي اختلاف
زفر ويعقوب انه لا يقضي به اذا مات قبل قضائه قال رحمه الله وبموت
المكتوب اليه الا اذا كتب بعد اسمه والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين
اي يبطل الكتاب بموت القاضي المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان القاضي
وكل من يصل اليه من قضاة المسلمين فحينئذ لا يبطل بموت القاضي المكتوب
اليه وقال الشافعي لا يبطل وان لم يقل ذلك ويحكم القاضي الذي جا بعده
به كما لو قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا ان القاضي الكاتب
اعتمد على علم الاول وامانته والقضاة يتفاوتون في الامانة فصار نظير
الامنا في الاموال بخلاف ما اذا قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين
لانه اعتمد الكل فصاروا كانوا مكتوبا اليهم حكما بخلاف ما اذا قال ابتدا الى كل
من يصل اليه من قضاة المسلمين حيث لا يجوز ان يحكم به احد لان اعلام ما في
الكتاب والمكتوب اليه شرط وتمام الاعلام لا يحصل بهذا القدر واذا عين
واحدا حصل التعريف له وصح كتاب القاضي الى القاضي وصار غيره تبعا له
واجازه ابو يوسف من غير تعيين احد من القضاة حين ابتلي بالقضا واختاره
كثير من المشايخ تسهيلا للامر ولا يقبل القاضي رسالة قاض اخر وان قامت
عليها بينة لانه لا تنقل عبارته فيكون كان القاضي حضر به وتكلم به ولو
حضر وتكلم لا يسمع كلامه كان كواحد من الرعية في غير موضعه ولانه بخلاف الكتاب
لانه كتبه في مجلس حكمه فكان الكتاب منه كالخطاب للقاضي المكتوب اليه
مشافهة لصدوره من موضع القضا ونقول ان الكتاب لا يقبل قياسا
وانما قبل للضرورة ولا ضرورة الى الرسالة لان في الكتاب غنية عنه فبقي
على اصل القياس ويجوز للقاضي المكتوب اليه ان يكتب كتابا الى قاض اخر
اذا تعذر حضور خصمه عنده وكذا المكتوب اليه ثانيا الى ان يكتب الى اخر
ما لا يتناهى لان الشهادة الواقعة عند الاول صارت منقولة الى
المكتوب اليه حكما فصار كانهم شهدوا عنده حقيقة فجاز له ان ينقلها

الى غيره اذ الحاجة الى نقلها مرارا ماسة ومنى المجوز للنقل قال
رحمه الله لا بموت الخصم يعني لا يبطل الكتاب بموت الخصم لان وارثه يقوم مقامه
فينفذ عليه وعلى هذا لو مات المدعي ينبغي ان لا يبطل لان وارثه تقوم
مقامه فينفذ له ولا يجوز كتاب القاضي الى القاضي يجوز كتاب القاضي الى
الامير ولكن ان كان في مصر اقتصر على قوله اصلح الله الامير ولا يكتب الزم
ذلك وان في مصر اخر فلا بد من ذكر الاسم والنسبة والختم والشهادة كما في
كتاب القاضي الى القاضي والقياس لا يجوز في مصر الا انه ولكنا استحسنوا ذلك
للعادة فان القاضي يكتب الى الوالي ويستعين به فيما عجز عن اقامته في كل
وقت ولو شرط ذلك لحرجوا لان كل احد لا يحضر مجلس الامير فيشهدوا الامير لا يمكنه
ان يتخصص عن احوال الشهود فقبل الكتاب للضرورة وليس هذه الضرورة
والعادة فيما اذا كان الامير في مصر وان كان الامير في مصر اخر غير المصر الذي فيه
القاضي يبقى على الاصل القياس لعدم جريان العادة والضرورة لقلته ووقوعه
قال رحمه الله وتقضي المراة في غير حد وقود لان القضا يستقى من الشهادة
على ما بينا وشهادتها جائزة في غير الحدود وكذا يجوز قضاؤها فيه ولا يجوز
في الحدود والقصاص لشهادتها لما فيها من شبهة البدلية وقال الشافعي
لا يجوز ان تولي المراة القضا لنقصان عقلها قلنا هي من اهل الولاية ولهذا
تصير اهلا للشهادة وكذا للقضا كالرجل قال رحمه الله ولا يستخلف
قاض الا ان يفوض اليه ذلك بخلاف المامور بالجمعة لانه فوض اليه القضا
لا التقليد فلا يتصرف في غير ما فوض اليه كالوكيل لا يوكل بدون اذن الموكل
وفي الجمعة يجوز لان الماموم باداها ان يستخلف لكونها على شرف الزوال لو تراك
حدث قبل ان يشرع في الجمعة لم يجز له ان يستخلف الا من شهد الخطبة لانه
شرطها فلا ينعقد دونها وان كان شرع فيها جاز ان يستخلف من لم يدرك
الخطبة لانها انعقدت بالاصل وكان الثاني بانيا فلا يشترط للبنا ما يشترط
للافتتاح ولانه لما دخل معه في الصلاة وجازت صلاته معه التحق بمن
شهد الخطبة حكما اذ هي لا تجوز الا بالخطبة ولهذا لو افسد المستخلف الجمعة
واعادها جاز وان لم يدرك الخطبة لما ذكرنا ولو استخلف مع ذلك فحكم
الخليفة فاجازه القاضي جاز اذا كان المستخلف اهلا للقضا وان كان
رقيقا او محدودا في قذف او كافرا فاجاز وكذا اذا قضى بحضرة القاضي
جاز لان مقصود الامام بتوليته حضور رايه كالوكيل بالبيع او الشرا اذا
وكل غيره فباشر وكيله بحضرته او بغيبته فاجازه ولو فوض اليه الامام ان
يستخلف فان قال له ول من شئت له ان يولي غيره فيصير نائبا عن الامام

في



في التولية حتى لا يملك عزله كالوكيل اذا اذن له الموكل بالتوكيل فوكل صار وكيلا
عن الموكل حتى لا يملك الوكيل عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الموكل بخلاف
الوصي حيث يملك الايصا الى غيره ويملك التوكيل والعزل في حياته لان اوان ثبوت
حكمها بعد موت الموصي وقد عجز الموصي عن الجري على موجب الوصية ولا يمكنه
الرجوع الى الوصي فيكون الموصي راضيا باستعانته بغيره دلالة كيلا تفوت
مصالحه بخلاف الامام والموكل لانهما يتصرفان بانفسهما فلا تفوتهما المصالح
ولو فوض اليه العزل بان قال استبدل من شئت كان له العزل لانه نائب عن الامام
فلا يملك الا ما اطلق له لان رضاه بتصرفه لا يدل على رضاه بتولية غيره
لان الناس يتفاوتون في الامامة والتصرف قال رحمه الله واذا رفع
اليه حكم قاض امضاه ان لم يخالف الكتاب والسنة المشهورة والاجماع لانه
لا مزية لاحد الاجتهادين على الاخر وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا
ينقض بما هو دونه ولانه لو لم ينفذ الاول لما نفذ الثاني ايضا وكذا الثالث
والرابع الى ما لا يتناهى لاحتمال ان يجيء قاض يرى خلاف ذلك فكان نافذا
ضرورة وقد صح ان عمر لما كثر اشتغاله قلد القضا ابا الدرداء فاختصم اليه
رجلان فقضى لاحدهما ثم لقي عمر المقضي عليه فساله عن حاله فقال قضى علي
فقال عمر لو كنت انا مكانه لقضيت لك فقال المقضي عليه ما يمنعك من القضا
فقال ليس هنا نص والراي مشترك وما روي عن عمر انه قضى في حادثة بقضية
ثم قضى فيها بخلاف ذلك فقيل له في ذلك فقال تلك ما قضينا وهذه كما
نقضي وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي
ثم جاء قاض اخر يرى غير ذلك امضاه فيه بكون الثاني يرى خلافه امضى
به الاول وليس فيما ذكره في الكتاب التقييد به فيوهم انه انما يمضيه اذا
كان موافقا لرايه وقالوا شرطه ان يكون عالما باختلاف العلما حتى
قضى في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك لا يجوز قضاؤه عند عامتهم ولا
يمضيه الثاني ذكره في النهاية معزيا للمحيط وقال فيه شمس الائمة هذا هو
ظاهر المذهب ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه نفذ عند
ابي حنيفة وان كان عامدا ففيه روايتان في رواية ينفذ لانه ليس
بخطا بيقين وفي اخرى لا ينفذ لانه خطا عنده وقد نهي عن اتباع هوى
غيره بقوله تعالى ولا تتبع اهواءهم وعندهما لا ينفذ في الوجهين وعليه
الفتوى وقيل الفتوى على النفاذ ذكره في الكافي ثم شرط ان يكون مخالفا
لما ذكره من الادلة ولو كان مخالفا لها ينقضه الثاني لان الاجتهاد
على خلاف هذه الادلة غير سائغ فينتقض وقيد بالسنة المشهورة احترازا

عن المذهب والمراد بالإجماع ما ليس فيه خلاف يستند إلى دليل شرعي فحاصله
ان الذي قضى به الاول لا يخلو من ثلثة اوجه اما ان يكون موافقا
للدليل الشرعي كالكتاب والسنة والاجماع فلا كلام فيه واما ان يكون
مختلفا فيه اختلافا استند كل واحد الى دليل شرعي فكذلك حكمه لا ينبغي ان
ينقض ما حكم به حاكم مثاله اذا رفع الى حاكم من اصحابنا فسخ اليمين بالطلاق
المضاف فابطل اليمين ينفذ ولا يقع الطلاق بتزوجها بعد والاحسن
ان يقول ابطلت اليمين ونقضت هذا الطلاق واما ان يكون الخلاف
في نفس القضاء ففيه روايتان في رواية لا ينفذ وذكره الخصاف وهو
الاصح لان كل الخلاف لا يوجد قبل القضاء فاذا قضى بتنفيذه وجد محل
الاختلاف والاجتهاد فلا بد من قضاء اخر يرجح احدهما وذلك مثل القضاء
على الغائب وللغائب وقضاء المحدود في القذف وشهادته بعد التوبة
وقضاء الفاسق وشهادته قبل التوبة حتى لو قضى على الغائب وقضى
الفاسق والمحدود لا ينفذ الا اذا رفع الى حاكم اخر فقضى بصحة حكمه بتنفيذه
يلزم ولو فسخه انفسخ لان الخلاف في نفس القضاء فقبل القضاء لم يوجد
محله واما ان يكون مخالفا للدليل الشرعي وهو النوع الرابع فانه لا ينفذ
قضاؤه بتنفيذه قاض اخر ولو رفع الى الف حاكم ونفذوه لان قضاءه وقع
باطلا لمخالفته الكتاب والسنة والاجماع فلا يعود صحيحا بالتنفيذ
وذلك كالقضاء بشاهد ويمين وبالقصاص بتعيين الولي واحدا من اهل
المحلة وبينته او بصحة نكاح المتعة والموقت او بصحة بيع عبد معتق
البعض او بالزام ثمن متروك التسمية عمدا او بجوازه نكاح الجدة او امراة
الجد او بشرط الدين بمضي سنين او بجواز بيع جنين ذبحت امه وماتت في بطنها
او بحل المطلقة ثلاثا للاول قبل ان يدخل بها الثاني او بابطال عفو
الدم المراة عن القود او بعدم وقوع الطلاق الثلاث جملة او بعدم
وقوع الطلاق على حبلى او حائض او قبل الدخول فكل ذلك لا ينفذ فيه
حكم الحاكم لوقوعه باطلا ولا ينفذ بالتنفيذ وبيع ام الولد من هذا القبيل
عند محمد حتى لو قضى بجوازه لا يجوز وعندهما يجوز واصل الخلاف فيما اذا
وقع الخلاف في قضية في عصر ثم اجمع العلماء على احد القولين في عصر اخر
بعدهم هل يرتفع الخلاف المتقدم او لا فعند محمد يرتفع فلم يعتبر خلاف
المتقدم وعندهما لم يرتفع فيكون خلافه باقيا على حاله وقال شمس الائمة
يرتفع فلم يعتبر خلاف المتقدم وعندهما لا يرتفع به بلا خلاف وانما
ينفذ حكم الحاكم فيه عندهما لان هذا الاجماع ضعيف فينفذ قضاء

القاضي

القاضي بخلافه لضعفه **قال** رحمه الله وينفذ القضاء بشهادة الزور
في العقود والفسوخ ظاهرا وباطنا لا في الاملاك المرسلة اي في
الاملاك المطلقة وهي التي لم يذكر سببها معينا وهذا عند ابي حنيفة
وهو قول ابي يوسف اولا ثم رجع عنه فقال لا ينفذ الا ظاهرا وهو قول
محمد والشافعي لهما ان شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا فصار كما لو كان
الشهود عبيدا او كفارا او محدودين في قذف وكما اذا قضى بنكاح رجل
على امراة وهي منكوحة الغير او معتدة وكما في الاملاك المرسلة ولنا قول
علي لتلك المراة شاهداك زوجاك ولان القضاء لقطع المنازعة بينهما
من كل وجه فلو لم ينفذ باطنا كان تمهيدا للمنازعة بينهما وقد عهدنا نفوذ
مثل ذلك في الشرع الا ترى ان التفريق باللعان ينفذ باطنا واحدهما
كاذب بيقين وكذا اذا اختلف المتبايعان وتحالفا يفسخ القاضي بينهما البيع
فينفذ الفسخ باطنا حتى يحل للبائع وطي الجارية المبيعة فكذا في كل الفسوخ والعقود
ولا يرد علينا ما ذكروا لانا نجعل حكم الحاكم انشاء وشرطه ان يكون المحل قابلا
فاذا كانت تحت زوج او كانت معتدة لا يقبل الانشاء وانما لا يشترط الشهود
في النكاح لانه يقتضي في ضمن صحة القضاء وما يثبت اقتضاء لا يراعى فيه شرائطه وشهادة
العبيد ونحوهم ليس بحجة اصلا بخلاف الفساق على ما عرف في موضعه ولانه يمكن الوقوف
عليهم فلم يكن شهادتهم حجة وانما لا ينفذ باطنا في الاملاك المرسلة لان في اسباب
الملك تزاحما وليس تعيين البعض اولى من البعض واثبات الملك مطلقا
من غير سبب ليس في وسع البشر فتعين الالغاء بخلاف ما اذا ادعى سببا معينا
كالبيع والشرا والاجارة والنكاح والاقالة والفرقة بالطلاق او غيره
وفي الهبة والصدقة روايتان وكذا في البيع باقل من قيمته في رواية لا ينفذ
باطنا لان القاضي لا يملك انشاء التبرعات في ملك الغير والبيع باقل من
قيمته تبرع من وجه وفي رواية لا ينفذ لان النفوذ في ضمن صحة القضاء فلا
يشترط فيه شرائطه ولا يختص بمحل ولان البيع باقل من القيمة ليس بتبرع
الا ترى ان المكاتب والعبد الماذون له يملكانه واذا ادعت المراة ان
زوجها ابانها بثلاث او بواحدة فجحد الزوج فحلفه القاضي فحلف ان علمت
ان الامر كما قالت لا يسعها الاقامة معه ولا ان تاخذ من ميراثه شيئا وهذا
لا يشكل فيما اذا كان الطلاق ثلاثا لبطلان المحلية للانشاء قبل زوج
اخر وفيما دون الثلاث مشكل لانه يقبل انشاء النكاح فينبغي ان يثبت
الانشاء على قياس قول ابي حنيفة وجوابه ان يقال ان الانشاء انما يثبت
اذا قضى القاضي بالنكاح وهنا لم يقض به لاعتراف الزوجين بالنكاح الا ان

المرأة ادعت الفرقة بينهما وعجزت عن اثباته عند الحاكم فبقي ما كان على ما كان فلم
يحتج القاضي الى القضاء بالنكاح قال ولا يقضي على غائب الا ان يحضر
من يقوم مقامه كالوكيل والوصي او يكون ما يدعى على الغائب سببا لما يدعي
على الحاضر كمن ادعى عينا في يد غيره انه اشتراه من فلان الغائب وقال مالك
والشافعي يجوز القضاء على الغائب وان لم يحضر من يقوم مقامه لانه عليه السلام
قضى لهند امرأة ابي سفيان بالنفقة وابو سفيان غائب فقال لها خذي من
مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك وقوله عليه السلام البينة على المدعي مطلقا
من غير اشتراط حضور خصم ولان الحجة وجبت على التمام وهي البينة وهي مبينة
كاسمها فجاز القضاء بها كما اذا كان الخصم حاضرا ولنا قوله عليه السلام لعلي
رضي الله عنه لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر
علمت كيف تقضي رواه احمد وابو داود والترمذي بمعناه ولان القضاء لقطع
المنازعة ولا منازعة هنا لعدم الانكار فلا يصح ولان وجه القضاء يشتبه
في هذه الحالة لانه يحتمل ان يقر الخصم ويحتمل ان ينكر واحكامهما مختلفة فانه
بالاقرار يقتصر وبالبينة يتعدى فلا يجوز مع الاشتباه الا ترى انه عليه السلام
قال فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضي فهذا دليل على ان العلم بوجه
القضاء شرط لصحة القضاء وان الجهل به يمنع القضاء وانه لا يرتفع الا بكلامهما
ولان البينة لا تكون حجة الا اذا عجز المنكر عن الطعن في الشهود ومع غيبته
لا يتحقق عجزه فلا يكون حجة ولا حجة لهما في حديث هند لانه لم يكن قضاء وانما
كان فتوى واعانة لها على اخذ ماله الا ترى انها لم تدع الزوجية ولم
تقم البينة وكان عليه السلام عالما بانها امرأته ولم تكن على وجه القضاء
اصلا وكذا قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي ليس لهما فيه حجة
بل هو حجة لنا لان البينة اسم لما يحصل به البيان وليس المراد البيان في
حق المدعي ولا في حق القاضي لان المدعي عالم بحقه والقاضي بان له كلام
المدعي اذا لم يكن له منازع فتعين ان يكون في حق الخصم وكذا لو اقام المدعي
البينة على خصم حاضر وزكيت بينته ثم غاب المدعى عليه لا يقضى عليه حتى
يحضر هو او من يقوم مقامه فيقضى عليه بتلك البينة من غير اعادتها وكذا
اذا غاب قبل التزكية ولو اقر عند الحاكم ثم غاب قبل ان يقضي عليه قضى
عليه وهو غائب لان له ان يطعن البينة فيبطل به دون الاقرار وعن ابي
يوسف انه يقضي بالبينة ايضا ثم من يقوم مقامه قد يكون بانابته او بانابة
الشرع كالوصي من جهة القاضي وكلاهما ظاهر وقد يكون حكما وذلك بان يكون
ما يدعيه على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر وهو نوعان احدهما ان

يكون

يكون ما يدعيه على الحاضر والغائب شيئا واحدا مثل ان يدعي دارا في يد
انسان وانكر ذلك ذو اليد وادعى انها ملكه واقام الخارج البينة انه
اشتراها من فلان الغائب او ادعى في دار في يد انسان شفعة لان ذا اليد
اشتراها من فلان وقال ذو اليد الدار داري لم اشترها من احد فاقام
المدعي البينة انه اشتراها من فلان الغائب او ادعى على شخص دينا انه كفيل
عن الغائب بامره فاقر الحاضر بالكفالة وانكر الدين فاقام المدعي البينة
ان له على الغائب الف درهم تقبل بينته في هذه الصور كلها ويثبت الحق
على الغائب والحاضر حتى اذا حضر الغائب لزمه ولا يحتاج الى اعادة البينة
والثاني ان يكون ما يدعيه عليهما شيئين مثل ان يدعي القاذف انه عبد
فلان فيجب عليه اربعون فاقام المقذوف البينة ان مولاه الغائب
قد اعتقه فيجب عليه ثمانون سوطا او قال المشهود عليه الشاهدان
عبدان فاقام المدعي البينة ان مولاهما اعتقهما وهو يملكهما فان بينته
تقبل ويثبت العتق على الغائب لان الحقين شيء واحد لا ينفك احدهما
عن الآخر ولانه الشهادة لا ينفك عن الحر وضد الحر لا ينفك عن الاحرار
وكذا لو اقام احد الورثة البينة ان شريكه الغائب عفا عن القود وقال
انقلب نصيبي مالا يقبل وان كان احد الحقين ينفك عن الآخر لا يقبل
في حق الغائب ويقبل في حق الحاضر مثل ان يدعي رجل انه وكيل الغائب
بنقل امرأته او عبده اليه فاقامت المرأة او العبد بينة انه اعتقه او طلقها
فانها تقبل في حق قصر اليد عنهما وليس للوكيل ان ينقلهما ولا يقبل في
حق وقوع الطلاق والعتق فانهما ينفكان وكذا لو اشترى رجل جارية
ثم ادعى ان مولاها زوجها من فلان الغائب واراد ردها بعيب الازواج
لا يقبل منه لاحتمال انه طلقها وزال العيب ولو كان ما يدعيه على الغائب
شرطا لما يدعيه على الحاضر مثل ان تقول المرأة لزوجها انك علقت طلاقي
بطلاق فلان الغائب زوجته ثلاثا واقامت بينة ان فلانا طلق
زوجته ثلاثا لم تقبل بينتها لانه يتضرر بذلك وان كان لا يتضرر بذلك
يقبل بان قالت علقت طلاقي بدخول فلان الغائب الدار فاقامت
بينة انه دخل الدار تقبل لانه لا ضرر عليه ومن المتاخرين من قال في
الشرط ايضا يقبل مطلقا كما في السبب منهم فخر الاسلام البزدوي لان دعوى المدعي
كما يتوقف على السبب يتوقف على الشرط ايضا قال ويقرض القاضي
مال اليتيم ويكتب الصك لا الوصي والاب لان القاضي يقدر على تحصيل
المال من المستقرض والوصي والاب لا يقدران على ذلك فيضمنان باقراض مال

الصغير وهذا لان الاقراض تبرع الا ترى انه لا يجوز الا تاجيل فيه كسائر
التبرعات فلا يملكانه ولانه باقراضهما يكون على شرف التوى بان يجحد
المستقرض على مر الزمان ويرد شهوده لان كل مستقرض غير مؤتمن ولا كل
شاهد مقبول ولا كل قاض عادل بخلاف اقراض القاضي حيث يكون .
الاقراض احسن تصرف في حقه لان القاضي كثير الاشتغال فلا يمكنه ان
يباشر الحفظ بنفسه وانما يدفعه الى امينه ودفعه اليه بطريق القرض
انظر لليتيم لانه يكون مضمونا عليه والوديعة امانة ان هلكت هلك
بغير شيء ويؤمن التوى بجحود المستقرض لكونه معلوما للقاضي ولكونه لا
يقرضه لديانته ومعرفته باحوال الناس الا من امين يؤتمن لا يخاف منه
الجحود وانما يكتبه في الصك ليحفظه لانه لكثرة اشتغاله يخاف ان ينسا .
قال شمس الائمة في ادب روايتان اظهرهما انه ليس له ان يقرض والوصي
ما بينا وليس له ان ياخذ مال ولد الصغير قرضا لنفسه فيما روى الحسن
عن ابي حنيفة وقيل له ذلك ثم ينبغي للقاضي ان يتفقد احوال الذين
اقرضهم مال الايتام حتى لو اختل احد منهم حاله اخذ منه المال لان القاضي
وان كان قادرا على الاستخلاص لكن انما يقدر من الغني لا من الفقير
الا ترى انه ليس له ان يقرض المعسر ابتداء فكذا ليس له ان يتركه عنده
انتهى

باب التحكيم

لما كان الحكم من انواع الاحكام ذكره في كتاب القضا وهو جائز بالكتاب والسنة
واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها
نزلت في تحكيم الزوجين واما السنة فما روي انه عليه السلام نزل على حكم
سعد بن معاذ في بني قريظة وعليه اجماع الصحابة رضي الله عنهم **قال**
حكما رجلا ليحكم بينهما فحكم ببينة واقرار او نكول في غير حد وقود ودية .
على العاقلة صح لو صلح المحكم قاضيا لما بينا ودونا ولان لهما ولاية
على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما لانه بمنزلة الحاكم في حقهما وشرط
ان يكون حكمه بالبينة والاقرار والنكول ليكون موافقا لحكم الشرع
وشرط لنفوذ حكمه ان يكون في غير حد وقود ودية على العاقلة لان تحكيمهما
بمنزلة الصلح بينهما وليس لهما ولاية على دمهما ولهذا لا يملكان اباحته وكذا
لا ولاية لهما على العاقلة فلا ينفذ حكم من حكماه على عاقلته ولا على القاتل
لعدم التزام العاقلة حكمه ولكونه مخالفا لحكم الشرع لان الدية تجب على
العاقلة لا على القاتل ولو ثبت القتل باقراره او ثبتت جراحته ببينة
وارشها اقل مما تتحمله العاقلة خطا كانت الجراحة او عمدا او كان قدر ما

يتحمله ولكن الجراحة كانت عمدا لا يوجب القصاص نفذ حكمه عليه لان العاقلة
لا تعقله واجاز في المحيط التحكيم في القصاص لانه من حقوق العباد والاول
ذكره الخصاف وشرط ان يكون صالحا للقضا لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما
فيشترط فيه ما يشترط في القاضي حتى لو حكما كافرا او عبدا او محدودا في
قذف او صبيا لا يجوز لانه لا يصلح قاضيا لانعدام اهلية الشهادة وكذا
الكافر في حق الكافر لانه اهل للشهادة في حقه ولذا يجوز تقليده القضا
ليحكم بين اهل الذمة **قال** ولكل واحد من المحكمين ان يرجع قبل حكمه لانه
مقلد من جهتهما فكان لهما عزله قبل ان يحكم بينهما كما ان المقلد من جهة الامام
له ان يعزله قبل ان يحكم بين الناس ولا يقال ان التحكيم ثبت بتراضيهما فوجب
ان لا يصح عزله الا باتفاقهما لانا نقول التحكيم من الامور الجائزة من غير لزوم
فيستبد احدهما بنقضه كما في المضاربات والشركات والوكالات **قال**
فان حكم لزمهما لان حكمه صدر عن ولاية شرعية عليهما كالقاضي اذا حكم لزم
ثم بالعزل لا يبطل حكمه فكذا ههنا ولان حكمه لا يكون دون صلح جرى بينهما
بتراضيهما وفيه لا يكون لاحدهما ان يرجع عنه بعد تمامه **قال** وامضى
القاضي حكمه ان وافق مذهبه يعني اذا رفع حكمه اليه وكان كما عنده نفذ
اذ وافق مذهبه لانه لا فائدة في نقضه ثم ابرامه ثم فائدة هذا الامضاء
ان لا يكون لقاض اخر يرى خلافه نقضه اذا رفع اليه لان امضاءه بمنزلة
قضائه ابتداء ولو لم يمضه لنقضه **قال** والا ابطله اي ان لم يوافق
مذهبه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم من جهته بخلاف ما اذا
رفع اليه حكم حاكم حيث لا يبطله وان خالف مذهبه الا اذا خالف الكتاب
والسنة والاجماع لان المولى من جهة الامام له ولاية على الناس كافة لان
مقلده له ولاية على الناس كافة فكان نائبا له فيكون قضاؤه حجة في
حق الكل ولا يتمكن احد من نقضه كحكم الامام نفسه بخلاف الحكم لانه باصطلاح
الخصمين فلا يكون له ولاية على غيرهما ولا يلزم القاضي حكمه باصطلاحهما
في المجتهدات حتى كان له نقض اصطلاحهما اذا راى خلاف ذلك فكذا
هذا وهذا لانه اعطي له حكم القاضي في حقهما حتى اشترط فيه شرائط القضا
وفي حق غيرهما كواحد من الرعايا وقال ابن ابي ليلى هو بمنزلة المولى من جهة
الامام حتى لا يكون لاحد ان ينقض حكمه ما لم يخالف الدليل الشرعي وجوابه
ما بينا ولو اخبر هذا المحكم باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما
على حالهما تقبل قوله لان الولاية قائمة ان اخبر الحكم لم يقبل لانقضاء الولاية
هكذا ذكر صاحب الهداية وقال في النهاية يعني لو قال المحكم بينهما لاحدهما

فقد اقررت عندي لهذا بكذا وكذا او قامت عندي عليك بينة بكذا وكذا فعدلوا وقد الزمتك ذلك وحكمت عليك به لهذا فانكر المقضي عليه ان يكون قد اقر عنده بشيء او قامت عليه بينة بشيء نفذ الحكم عليه لان الحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك فيملك الاقرار كالقاضي المولى اذا قال في حال قضايه الانشاء قضيت عليك لهذا باقرارك او ببينة قامت عندي بذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضي عليه فكذا هذا وقال في المحيط حكما رجلا ما دام في مجلسه وقال لم يحكم بيننا وقال الحكم حكمت فالحكم مصدق ما دام في مجلسه لانه حكى ما يملك استينافه فيملك الاقرار به وحصل اقراره كانشاء الحكم ولا يصدق بعده لانه لا يملك انشاء الحكم ولا يملك الاقرار به وقال فيه الحكم انما يخرج عن الحكومة باحد اسباب ثلاثة اما بالعزل او بانتهاء الحكومة نهايتها بان كان موقتا فمضى الوقت او بخروجه من ان يكون اهلا للشهادة بان عمي او ارتد والعياذ بالله تعالى ولحق بدار الحرب ولو غاب او اغمي عليه او برئ منه او قدم من سفر او حبس كان على حكمه لان هذه الاشياء لا تبطل الشهادة ولا تبطل الحكومة وكذا المولى القضاء اذا عزل عنه فهو على حكومته لان العزل لم يوجد من جهة المحكمين وانما وجد من جهة الوالي وولاية الحكومة مستفادة من جهة المحكمين لا من جهة الوالي وكذا لو حكم بينهما في بلد آخر جاز لان التحكيم حصل مطلقا فكان له الحكومة في الاماكن كلها ولو حكما رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما حتى لو حكم احدهما دون الآخر لا يجوز لانهما رضيا برايهما لا براي احدهما **قال** ويبطل حكمه لابويه وولده وزوجته كحكم القاضي بخلاف حكمه عليهم اي يبطل حكم الحكم لهؤلاء كما يبطل حكم الحاكم لهم بخلاف حكمه عليهم لانه متهم بحكمه لهم فيبطل دون حكمه عليهم وهذا كالشهادة حيث لا تجوز لهم وتجوز عليهم لما ذكرنا ويجوز ان يقضي لاب امراته وامها وكذا لامراة ابنه او لزوج ابنته اذا كان المقضي له بالحياة لان شهادته لهم جايزة وهذا هو الحرف وان كان ميتا لم يجز لان القضاء لهم قضاء لزوجته وولده اذا كانوا يتوارثون وان كانوا لا يتوارثون جاز لعدم التهمة ويجوز القضاء للاخوة واولادهم والاعمام لان شهادته لهم جايزة والله تعالى اعلم

مسايل الشتى

قال رحمه الله لا يتد وتد في سفل فيه ولا ينقب كوة فيه بلا رضى ذي العلو معناه اذا كان لرجل سفل ولآخر علو فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه

وقالا

وقالا لا يمنع فيه مما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على العلو بيتا او يضع عليه جذوعا او يحدث كنيفا فعلى ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة على معنى انه لا يمنع الا مما فيه ضرر فيما قالاه وقيل فيه خلاف حقيقة وهو ان الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه وهو مطلق له والحرمة لعارض وهو الضرر بالغير فاذا اشكل تبقى على اصل الاباحة وعنده الاصل هو الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق الغير كالرهن والعين المستاجرة والاطلاق لعارض وهو عدم الضرر بيقين فاذا اشكل يبقى على اصل الحظر وهذه الاشياء مما يشكل يظهر فيها ثمرة الخلاف ولا خلاف فيما لا اشكال فيه ولو انهدم السفل من غير صنع صاحبه لا يجبر على البنا لعدم التعدي ولكن لصاحب العلو ان يبني السفل ويبني عليه علوه ثم يرجع عليه بقيمة البنا ويمنعه من السكنى فيه حتى يدفع اليه قيمته يوم البنا لانه مضطر في ذلك فصار كمعير الرهن اذا قضى الدين بغير اذن الراهن لا يكون متبرعا بخلاف الدار المشتركة اذا انهدمت فبناها احدهما بغير اذن صاحبه حيث لا يرجع لانه متبرع اذ هو ليس بمضطر لانه يمكنه ان يقسم الدار عرصتها ويبني في نصيبه وصاحب العلو ليس له ذلك حتى لو كانت الدار صغيرة لا يمكن الانتفاع بنصيبه بعد القسمة كان له ان يرجع وعلى هذا لو انهدم بعض الدار او بعض الحمام فاصلحه احد الشريكين له ان يرجع لانه مضطر اذ لا يمكن قسمة بعضه ولو انهدم كله فعلى التفصيل الذي ذكرناه ولو هدم صاحب السفل سفله بنفسه يجبر على اعادته لتعديه في محل تعلق به حق الغير كالراهن يعتق العبد المرهون او مولى العبد الجاني يتصرف فيه بعتق او نحوه وذكر الحلواني ان كل من اجبر ان يعمل مع شريكه فاذا عمل احدهما بغير امر الآخر لا يرجع لانه متطوع اذا كان يمكنه ان يجبره وذلك مثل كري النهر او اصلاح سفينة متعيبة وفدا العبد الجاني وان لم يجبره يكون متطوعا كمسيله انهدام العلو والسفل لانه لا يتوصل اليه اصلا ولم يمكنه الانتفاع بنصيبه الا بالاصلاح وصار مضطرا وذكر في النهاية معزيا الى قاضيخان ولو تصرف صاحب السفل في ساحة السفل بان حفر بيرا عند ابي حنيفة رحمه الله له ذلك وان تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر **قال** رحمه الله وزايغة مستطيلة يتشعب عنها مثلها غير نافذة لا تفتح اهل الاولى بابا بخلاف المستديرة معناه سكة طويلة يتشعب منها سكة اخرى طويلة وهي غير نافذة فليس لاهل السكة الاولى ان يفتحوا بابا الى السكة الاخرى لان الباب يقصد للمرور ولا حق لهم في الدخول فيها لكونها غير نافذة وانما ذلك لاهلها على الخصوص الا ترى انه لو بيعت دار منها كان حق الشفعة لهم

لأهل الأولى فلو مكنوا من فتح الباب لخرجوا منه إليها إذ لا يمكنهم المنع في كل
ساعة ويخاف أن يسد بابه الأصلي ويكتفي بالباب المفتوح ويجعل داره من تلك
السكة فيمنع منه لأنها ملكهم ولا يشاركهم فيها غيرهم ولأنه يلحق بهم ضرر
بأن يضيق عليهم فيمنع بخلاف ما إذا كانت نافذة لأن الاستطراق حق
العامة وهو من جملتهم وقيل لا يمنعون من فتح الباب لأنه رفع جدار وهو له
أن ينقض كله فأولى أن يكون له نقض البعض والصحيح هو الأول لما ذكرنا
ولأنه يركب عليه بابا ويدعي حق المرور على طول الزمان فيستدل بالباب
على أن له حق المرور فيحكم له به وقوله بخلاف المستديرة يعني بخلاف ما إذا
كانت الزائغة الثانية مستديرة بحيث يكون لكل واحد من أهل الأولى
فتح الباب إليها لأنها لما كانت مستديرة وهي التي فيها اعوجاج حتى يبلغ
عوجها رأس السكة صارت كلتاهما سكة واحدة وهي بينهم على الشركة
حتى إذا بيع دار فيها لأهل السكة تجب حق الشفعة وهذا إذا كانت السكة
غير نافذة أيضا وإن كانت نافذة فلجميع المسلمين فيها حق المرور ثم اعلم أن
للإنسان أن يتصرف في ملكه ما شاء من التصرفات ما لم يضر بغيره ضررا
ظاهرا فيجوز له أن يتخذ في داره حماما لأن ذلك لا يضر بالجيران وما فيه
من النداوة يمكن التحرز عنه بأن يبني بينه وبين جاره حائطا وعن أبي يوسف
رحمه الله أن الجيران إن تأذوا من دخانه فلهم منعه إلا أن يكون دخان الحمام
مثل دخانهم ولو اتخذ داره حظيرة غنم والجيران يتأذون من نتن السرقين
ليس لهم في الحكم منعه ولو حفر في داره بئرا فنز منها حائط جاره لم يكن له
منعه وقيل إن كان يعلم ذلك يقينا فله منعه وهو خلاف قول أصحابنا
رحمهم الله ولو أراد بناء تنور في داره للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين أو رحا
للطحن أو مدقات القصارين لم يجز لأن ذلك يضر بالجيران ضررا ظاهرا فاحشا
لا يمكن التحرز عنه والقياس أن يجوز لأنه تصرف في ملكه وترك ذلك استحسانا
لأجل المصلحة ولو سقط حائط بين دارين ولأحدهما عورات فطلب من جاره
أن يساعده في البناء قال أصحابنا رحمهم الله لا يجبر وقال الفقيه أبو الليث
رحمه الله يجبر في زماننا لأنه لا بد من سترة بينهما وقال قاضي خان إن كان
الحائط يحتمل القسمة ويبني كل واحد في نصيبه السترة لا يجبر وإلا أجبر
وقيل إن كان يقع بصره في دار جاره فله منعه عن الصعود حتى يتخذ
سترة وإن كان يقع في سطحه فلا يمنعه قال رحمه الله ادعى دارا
في يد رجل أنه وهبها له في وقت فسئل البينة فقال جحدنيها فاشتريتها
وبرهن على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا يقبل وبعده تقبل

لوجود

لوجود التناقض في الوجه الأول لأنه يدعي الشراء بعد الهبة وشهوده يشهدون
له به قبلها وهذا تناقض ظاهر لا يمكن التوفيق بينهما وفي الوجه الثاني
يمكن إذ الشراء وجد بعد الوقت الذي يدعي فيه الهبة فلا يكون متناقضا
ولو لم يقل جحدني الهبة والمسألتان بحالهما لا يقبل في الأولى ويقبل
في الثانية لما ذكرنا من الإمكان وعدمه فلا فرق في ذلك من أن يقول جحدني
الهبة أو لا ولا يقال في الثاني أيضا وجد التناقض لأنه يدعي شراء ملكه
لأنه ادعى ملكه في وقت بالهبة فلا يتصور أن يملكه بالشراء بعد ذلك لأنا
نقول لما جحد الهبة ووافقه بالترك انفسخت الهبة إذ جميع العقود تنفسخ
بالجحود إذا وافقه صاحبه بالترك غير النكاح فإنه لا يقبل الفسخ فلا
يكون متناقضا ولو لم يذكر لهما تاريخا أو ذكر لأحدهما ينبغي أن تقبل بينته
لأن التوفيق ممكن بأن يجعل الشراء متأخرا ومثله لو ادعى دارا في يد رجل
أنه اشتراها من أبيه في حياته وصحته وصاحب اليد ينكر فعجز عن إقامة
البينة وحلف ذو اليد فأقام المدعي بينة أنه ورثها من أبيه تقبل لإمكان
التوفيق على ما بينا ولو ادعى الإرث من أبيه أولا ثم ادعى الشراء منه لا يقبل
لعدم إمكان التوفيق وبهذا تبين أن التناقض إنما يمنع صحة الدعوى
إذا لم يمكن التوفيق وهو الصحيح وقيل لا بد من دعوى التوفيق من المدعي
وإلا فلا يوفق وقيل التوفيق من غير دعواه قياس وعدم التوفيق بدون دعواه
استحسان قال ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الأمة فأنكر فللبائع
أن يطأها إن ترك الخصومة لأن المشتري لما جحد الشراء كان ذلك فسخا
منه إذ الجحود كناية عن الفسخ لأن الفسخ رفع العقد من الأصل والجحود إنكار
للعقد من الأصل فكان بينهما مناسبة فجازت الاستعارة فكان فسخا من
جهته فإذا ساعده البائع بترك الخصومة تم الفسخ فيحل له وطؤها وله
أن يردها على بائعه بالعيب إذا وجد بها عيبا قديما بعد ذلك لتمام الفسخ
بالتراضي حتى إذا أقام المشتري البينة بعد ذلك أنه اشتراها منه لا
تقبل بينته وفي النهاية إذا عزم على ترك الخصومة قبل تحليف المشتري
ليس له أن يردها على بائعه لأنه غير مضطر في فسخ البيع الثاني لإمكان
أن ينكل عند التحليف فاعتبر بيعا جديدا في حق ثالث والأشبه أن يكون
هذا التفصيل بعد القبض وأما قبل القبض فينبغي أن يرد عليه مطلقا
لأنه فسخ من كل وجه في غير العقار فلا يمكن جعله على البيع لأن المبيع لا يجوز
بيعه قبل القبض وقد بيناه من قبل فإن قيل الحكم لا يثبت بمجرد العزم
فكيف يكون فسخا قلنا نحن لا نثبته بمجرد العزم وإنما نثبته بالعزم واليمين

أو بالركوب أو الحمل وهو التصرف في الجارية بالنقل من موضع الخصومة إلى بيته
أو بالاستخدام أو إمساكها بيده لأن التصرف فيما لا يحل إلا بالفسخ فكان فسخا
دلالة إذ الفعل قد يوجد دلالة كمن قال لغيره أجرتك هذه الدابة يوما
لتركبها فأخذها واستعملها كان ذلك قبولا منه دلالة لأن الأخذ والاستعمال
لا يحل بدون القبول قال ومن أقر بقبض عشرة ثم ادعى أنها زيوف
صدق معناه إذا قال قبضت منه عشرة دراهم ثم ادعى أنها زيوف صدق
سواء قال ذلك موصولا أو مفصولا وكذا إذا ادعى أنها نبهرجة ولو ادعى
أنها ستوقة لا يصدق لأن اسم الدراهم تقع على الجياد والزيوف والنبهرجة
دون الستوقة ولهذا لو تجوز بالزيوف والنبهرجة جاز في الصرف والسلم
دون الستوقة والقبض لا يختص بالجياد فيصدق في إنكاره قبض حقه بنيته
بخلاف ما إذا أقر أنه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى حيث لا يصدق
في دعواه الزيوف لأنه مناقض لأن الزيوف ضد الجياد وحقه في الجياد فكان
الإقرار بقبض حقه مطلقا إقرارا منه بقبض الجياد والاستيفاء عبارة عن قبض
الحق بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه أيضا وبخلاف ما إذا قبض
المشتري المبيع ثم ادعى العيب حيث يكون القول قول البائع لأن المبيع
متعين في البيع فإذا قبضه فقد أقر بأنه استوفى قبض عين حقه دلالة
ثم بدعواه العيب بعد ذلك صار مناقضا فلا يقبل كلامه بخلاف
ما نحن فيه فإن الدراهم لا تتعين وحقه ثابت في الذمة ولم يقر بقبض
حقه وإنما أقر بقبض الدراهم وهي متنوعة فالإقرار بقبضها لم يكن مقرا
بقبض حقه ثم في قوله قبضت دراهم جيادا لا يصدق في دعواه الزيوف
مطلقا سواء كان موصولا أو مفصولا وفيما إذا أقر أنه قبض الثمن أو حقه
أو استوفى ثم ادعى أنه كان زيوفا ينظر فإن كان مفصولا لا يصدق وهو المراد
بما ذكرنا وإن كان موصولا صدق وقال في النهاية لو أقر بقبض حقه ثم قال
إنها ستوقة أو رصاص يصدق موصولا لا مفصولا قال ذكره شيخ الإسلام
ثم الزيوف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما ترده التجار والستوقة ما يغلب
عليه الغش وقيل الزيوف هي المغشوشة والنبهرجة هي التي تضرب
غير دار السلطان والستوقة صفر مموه وعن الكرخي الستوق عندهم ما كان
الغالب عليه الصفر أو النحاس هو الغالب قال ومن قال لآخر لك علي
ألف درهم فرده ثم صدقه فلا شيء عليه يعني إذا أقر لغيره بألف فرده المقر له
بأن قال ما كان لي عليك شيء أو قال بل هو لك أو لفلان ثم صدقه فقال
بل كان لي عليك في مكانه أو بعده فلا شيء على المقر لأن الإقرار هو الأول

وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة أو تصديق الخصم بخلاف
ما إذا قال اشتريت وأنكر حيث يكون له أن يصدق لأن أحد المتعاقدين
لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد لأن العقد قد تم بهما فيبقى على حاله فيعمل
فيه التصديق أما المقر له فينفرد برد الإقرار فافترقا وبخلاف ما إذا أقر
بنسب عبده لغيره فكذبه المقر له حيث لا يرتد بذلك عند أبي حنيفة حتى
إذا ادعاه المقر لنفسه لا يصح لأن الإقرار بالنسب إقرار بما لا يحتمل الإبطال
فلا يرتد بالرد ولو قبل الإقرار والإبراء عن الدين أو هبته له ثم رده لا يرتد
لأنه بالقبول قد تم وكذا لو قال لعبده وهبت لك رقبتك فرده لا يرتد
بالرد لأن هبة العبد من نفسه إعتاق وهو لا يرتد بالرد ولو أقر بشيء
لإنسان كالدين وغيره فصدقه ثم رجع المقر عن إقراره لا يقبل ولو أراد
تحليف المقر له لا يحلف عند أبي حنيفة ومحمد لأن إقراره حجة عليه كالبينة
ولأن دعواه متناقضة ففسدت فصار نظير ما لو قال ليس لي على فلان
شيء ثم ادعى أن له عليه دينا وأراد تحليفه لا يحلف وعند أبي يوسف إذا
ادعى أنه أقر كاذبا وأراد تحليف المقر له يحلف لجريان العادة بالإشهاد
على هذه الأشياء قبل تحققها تحرزا عن امتناع الآخر عن التسليم قال
ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فبرهن المدعي على ألف
وهو برهن على القضاء أو الإبراء قبل إذا ادعى رجل على رجل ألف درهم فقال
المدعى عليه ما كان لك علي شيء قط فأقام المدعي البينة أن له عليه ألف
درهم وأقام المدعى عليه البينة أنه قضاه أو أبرأه المدعي عنه تقبل
بينة المدعى عليه وقال زفر لا تقبل لأن القضاء والإبراء يكون بعد
الوجوب وقد أنكره فيكون متناقضا ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق
قد يقضى ويبرأ منه ألا ترى أنه يقال قضى باطلا وقد يصالح على شيء
فيثبت ظاهرا ثم يقضي ألا ترى أنه لو ادعى القصاص على شخص فأنكر فأقام
المدعي البينة وأقام المدعى عليه البينة على العفو أو الصلح عنه على مال
تقبل بينته وكذا لو جرى مثل ذلك في دعوى الرق تقبل فكذا هذا وكذا
لو قال ليس لك علي شيء لأن التوفيق فيه أظهر لأنه للحال قال ولو زاد
ولا أعرفك لا أي لو زاد هذه الكلمة على ما ذكر بأن قال ما كان لك علي
شيء قط ولا أعرفك لا تقبل بينة المدعى عليه على القضاء أو الإبراء لتعذر
التوفيق بين قوليه لأنه لا يكون بين اثنين معاملة من أخذ وإعطاء وقضاء
بلا معرفة أحدهما صاحبه وذكر القدوري أنه يقبل أيضا لأن المحتجب من
الرجال والمخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بإرضائه

بالدفع اليه ولم يعرفه فامكن التوفيق بهذا الطريق وقال في النهاية نقلا هذا اما لو
لو كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته وفي الكافي قيل تقبل
البينة على الابراء في هذا الفصل بالاتفاق في الروايات وقالوا فيمن قال لم ادفع
ثم قال دفعت اليه لا يقبل قوله لكن لنا فصل لا اذا ادعى اقرار المدعي بذلك
فتقبل بينته لان الاقرار ليس بشرط الا من حيث صحة الاقرار **قال** ومن ادعى على اخر
انه باعه امته فقال لم ابعها منك قط فبرهن على الشراء فوجد بها عيبا فبرهن
البائع انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل اي وجد المشتري بها عيبا فردها عليه
فاقام البائع البينة انه ابراه من كل عيب بها لا تقبل بينة البائع وعن ابي
يوسف انها تقبل لان التوفيق ممكن بان لم يبعها ثم باعها بعد ذلك وكيله وابراه
عن العيب فيكون صادقا بذلك ونظير ما ذكره ابو يوسف انه لو ادعى الشراء
من شخص وهو ينكر فاقام المدعي البينة على الشراء منه واقام المنكر البينة
انه قد رد البيع تقبل بينته لما ذكرنا انا لنا دليل او يقول اخذ مني بسنة
حادثة ثم استقلته منه فاقالني وجه الظاهر ان اشتراط البراءة تغيير
للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيقتضي وجود العقد اذ الصفة
بدون الموصوف لا يتصور وقد انكره فيكون مناقضا بخلاف ما تقدم من مسئلة
الدين لان القضاء قد يقضى على ما مر **قال** ويبطل الصك بان شاء الله
اي يبطل صك الشراء والاقرار بذلك ولا يلزمه شيء لان الاستثناء يبطل
على ما عرف في موضعه ولو كتب في اخر الصك ومن قام بهذا الحق فهو وكيلي
ان شاء الله او كتب فان ادرك فلانا من درك فعلي فلان خلاصه بطل الصك
كله عند ابي حنيفة حتى يبطل الاقرار والشراء وقالا لا ينصرف الا الى ما يليه
وهو الاخير فيبطل به ضمان الدرك والتوكيل ويبقى الدين على حاله اذ
الاصل في الجمل الاستقلال والصك يكتب للاستيثاق فلو انصرف الى الكل
كان مبطلا له فيكون ضد ما قصدوه فينصرف الى ما يليه ضرورة الا
ترى انه لو كتب كتابا الى بعض اخوانه او دكالايه وقال في اخره يفعل كذا
وكذا ان شاء الله ينصرف الاستثناء الى ما يليه حتى لا يبطل الكتاب كله وكذا
هذا وله ان الكل كشيء واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما في الكلمات
المعطوفة بعضها على بعض مثل قوله عبده حر وامراته طالق وعليه المشي
الى بيت الله الحرام ان شاء الله وما ذكراه من العادة انما جرى بان يترك فرجة او
يكتب بخط على حدة فلو فعل هنا لا لا انصرف الى ما يليه ولا يبطل الشراء
ولا الاقرار لان الفرجة كالسكوت حالة النطق ولان الاستثناء انما كتب
في كتب الرسالة للتبرك عادة لا للابطال ولهذا لا يبطل فيه ما يليه ايضا

دفي

وفي الصك يبطل بالاجماع ثم انما ذكر ذلك في الكتاب لان العادة جرت
بينهم ان يكتب في اسفل الصك من قام بهذا فهو ولي ما فيه اي وكيل بالخصومة
باثبات ما فيه من الحق وفائدة هذه الكتابة ان يثبت به رضا الخصم
بالتوكيل لان التوكيل بالخصومة لا يجوز الا برضا الخصم عند ابي حنيفة
وهذا لان توكيل المجهول وان كان لا يجوز لكن يسقط به حقه لان المنع لحق
الخصم فاذا رضي فقد اسقط حقه والاسقاط يجوز وان كان مجهولا اذ لا
يؤدي الى النزاع ثم توكيل خرشاة قيل لا يفيد على قوله اصلا وانما يفيد
على قول ابن ابي ليلى فان عند ابي حنيفة لما لم يجز توكيل المجهول لا يفيد الرضا
به وعند ابن ابي ليلى يجوز فيفيد **قال** وان مات ذمي فقالت زوجته
اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول لهم وقال زفر
القول قولها لان الاسلام حادث والاصل في الحوادث ان تضاف الى اقرب
اوقاته واقرب اوقاته ما بعد الموت فيضاف اليه قلنا سبب الحرمان
ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة
وهذا الظاهر يعتبر للدفع وما ذكره يعتبر للاستحقاق والظاهر
لا يصلح للاستحقاق ويصلح للدفع ولو مات مسلم وتحته نصرانية فجاءت
مسلمة بعد موته فقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعده فالقول
للورثة ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح للاستحقاق ومقصودها
ذلك واما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا فحاصله
ان الظاهر لا يصلح للاستحقاق وهي تدعي به الاستحقاق في المسئلتين
ويصلح للدفع وهم يدعون به الدفع فكان القول قولهم في المسئلتين
ولا يرد على هذا مسائل ذكرت على سبيل النقض منها ما اذا كان في يد رجل
عبد فقال رجل فقات عينيه وهو في ملك البائع وقال المشتري بل
فقاته وهو في ملكي كان القول للمشتري فيأخذ ارشه منه فاستحق بالظاهر
لانا نقول لا يجوز ان يكون العبد لرجل وارشه لغيره فلهذا استحقه
هو لا بمجرد الظهور ومنها ما اذا اختلف الموجر والمستاجر في جريان ماء
الطاحونة وحكم الحال وكان جاريا في الحال يستحق الاجر بهذا الظاهر
لانا نقول انما لا يستحق بالظاهر اذا لم يكن سبب الاستحقاق موجودا في
الحال واما اذا كان السبب موجودا بيقين فيستحق به وهنا سبب الاستحقاق
وهو عقد الاجارة موجود في الحال وكذا في المسئلة الاولى السبب وهو
ملك الرقبة موجود في الحال بخلاف الزوجية في مسئلة الميراث فانها
ليست بموجودة في الحال ومنها ان المراة اذا ادعت ان زوجها ابانها

في المرض فصار فاراً فترث وقالت الورثة ابانها في الصحة فلا ترث كان
القول قولها فترث بان الظاهر يضاف الى اقرب اوقاته لانا نقول انما
ترث لانها تنكر المانع وهو الطلاق في الصحة والاصل عدمه فترث قال
وان قال المودع هذا ابن مودعي لا وارث له غيره دفع المال اليه يعني اذا مات
رجل وله مال عند رجل وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث
له غيره فانه يجب عليه دفع المال اليه لاقراره بان ما في يده ملك الوارث
خلافة عن الميت فصار كما اذا اقر انه ملك المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا
اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه
لان فيه ابطال حق المودع في العين بازاء الثابت في يده لان يد المودع كيد المالك
فلا يقبل اقراره عليه لا كذلك بعد موته بخلاف المديون اذا اقر انه
وكيل الطالب بالقبض منه حيث يؤمر بالدفع اليه لانه اقرار بحق لنفسه اذ الديون
تقضى بامثالها فيؤمر بالدفع اليه ولو دفع الى الوكيل في الوديعة قال علاء
الدين ليس له ان يسترد من الوكيل لانه ساع في نقض ما اوجبه وكان ينبغي
له ان يسترد لان اقراره ليس بحجة في حق المودع والحفظ واجب عليه فيكون
بالدفع متعدياً في النهاية قيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن لانه في زعمه وكيل
والمنع من وكيله كالمنع منه واختلف في اللقطة اذا اقر الملتقط انها لفلان
هل يؤمر بالدفع ولو ادعى انه وصي الميت فصدقه مودع الميت او غاصبه
او وصيه لا يؤمر بالدفع اليه قال وان قال لآخر هذا ابنه ايضاً وكذبه
الاول قضي للاول يعني قال مودع الميت لرجل ثم بعد ما اقر للاول هذا
ايضاً ابنه وكذبه الابن الاول قضي بالمال للابن الاول لان اقراره قد صح
وانقطع يده عن المال فيكون هذا اقراراً على الغير فلا يصح كما اذا كان
الاول ابناً معروفاً بخلاف اقراره الاول حيث قبل لعدم من يكذبه فان قيل
ينبغي ان يضمن المودع هنا للمقر له الثاني كما قلنا في مودع القاضي المعزول
اذا بدأ بالاقرار بما في يده لشخص ثم اقر بان القاضي المعزول سلمه اليه
فانه يضمن للقاضي على ما مر قيل قلنا هنا ايضاً يضمن نصيبه اذا دفع الى
المقر له الاول بغير قضاء القاضي ذكره في النهاية قال واذا قسم الميراث بين
الغرماء لا يكفل منهم ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم
وهذا عند ابي حنيفة وقالا يؤخذ الكفيل منهم والخلاف فيما اذا ثبت
الدين والارث بالشهادة ولم تقل الشهود لا نعلم له وارثاً غيرهم واما اذا
ثبت بالاقرار يؤخذ كفيلا بالاتفاق وان قالوا لا نعلم له وارثاً غيرهم لا يؤخذ
منهم كفيلا بالاتفاق وتفصيل ما يقسم من التركة بقولهم وما لا يقسم وما

يحتاج

يحتاج فيه الى اقامة البينة على عدد الورثة وما لا يحتاج فيه وما فيه من الخلاف
وما لا خلاف فيه من ذلك يذكر في كتاب القسمة ان شاء الله تعالى لنا ان القاضي
ناظر للغيب ويحتمل ان يكون له وارث او غريم غائب بل هو الظاهر لان الموت
يأتي بغتة فيحتاط بالكفيل له كما اذا دفع اللقطة او الآبق الى صاحبه او اعطى
امرأة الغائب النفقة من مال زوجها ولابي حنيفة ان حق الحاضر ثابت قطعاً
او ظاهراً فلا يؤخر لاجل الموهوم الى ان يعطي الكفيل كما اذا اثبت الشراء ممن
هو في يده او اثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه وهذا لان القاضي
مأمور بما ظهر عنده لا بطلب ما لم يظهر فلا يجوز تأخيره ارأيت انه لو لم يأت
بكفيل الا كان يمنع حقه ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء
بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم والآبق واللقطة على الخلاف
في الاصح ان كان الدفع اليه باقامة البينة لانه لما اثبت ببينته حرم تأخير
حقه ولذلك الدفع بذكر العلامة لان الدفع اليه في هذه الحالة غير
واجب فله ان اجاز منعه فكذا تأخيره لعدم الاستحقاق بخلاف الاثبات
بالبينة لان الدفع مستحق فيه ولا يقال ان القاضي يتلوم في هذه الصورة
ولا يدفع اليه حتى يغلب على ظنه انه لا وارث له غيرهم ولا غريم بالاتفاق
ولو كان التأخير ظلماً لما فعل ذلك لانا نقول لا يجوز للقاضي منع حق المستحق
المعين اخر بعد ظهوره يقيناً شرعياً لاجل موهوم غير ثابت الا ترى ان الموهوم
موجود وان قال الشهود لا نعلم له وارثاً آخر ولو كان لاجل الموهوم يكفل لوجب
التكفيل فيه بخلاف التلوم فانه في التلوم يحتاط لنفسه بطلب علم زائد بانتفاء
الشريك المستحق معه بقدر الامكان ومثله جائز الا ترى ان القاضي يطلب من
الشهود ان يقولوا لا وارث له غيره وهو ليس بشهادة لان الشهادة على النفي
لا تجوز ولكنه يزاد به طمأنينة القلب فكذا التلوم وقدر مدته مفوض الى
رأي القاضي وقدره الطحاوي بالحول وقوله وهو ظلم اي ميل عن سواء السبيل
وفيه دليل على ان المجتهد يخطئ ويصيب وعلى ان ابا حنيفة بريء عن الاعتزال
لا كما ظنه البعض بسبب ما نقل عنه انه قال ليوسف بن خالد السمتي كل مجتهد
مصيب والحق عند الله واحد قلنا معناه كل مجتهد مصيب بالاجتهاد اذ هو المأمور
به وهو حجة في حق عمله حتى يحكم بصحته ولا يجوز له العدول عنه وان اخطأ
الحق الذي هو عند الله تعالى فيكون كانه اصاب الحق قال رحمه الله
ولو ادعى داراً ارثاً لنفسه ولاخ له غائب وبرهن عليه اخذ نصفها المدعي فقط
يعني اخذ النصف الذي هو نصيب الحاضر وترك نصيب الغائب في يد ذي اليد
ولا يستوثق من ذي اليد بكفيل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان

الذي هو في يده جاحدًا أخذ منه وجعل في يد أمين وإن لم يجحد يترك في يده
لأن الجاحد خائن فلا يترك في يده إذ لا يؤمن من الجحود ثانيًا والقاضي نصب
ناظرًا للغيب وليس في تركه في يد من أنكر نظر لأن البينة لا توجد في كل
حين ولا كل قاض يعدل فيتعين الأخذ منه ووضعها في يد عدل ولأنه يخاف
أن يتصرف فيه لأن من يدعي أن الشيء له وهو في يده لا يمتنع من التصرف فيه عدلًا
كان أو غير عدل بخلاف ما إذا كان مقرًا لأن النظر في تركه في يده متعين وعن أبي
حنيفة أن الحاضر ليس بخصم عن الغائب في استيفاء نصيبه وليس للقاضي أن
يتعرض لودائع الناس ولا لغيرها حتى يأخذها من يدي من هي عنده وصار نظير
ما لو عرف القاضي ملكًا لإنسان ثم رآه في يد غيره فإنه لا يأخذ منه ولا يتعرض
له ما لم يحضر خصمه فكذا هذا وهذا لأن القضاء وقع ثمة مقصودًا فلهذا أفضى
على ذي اليد بكل الدار بحضور البعض من الورثة ويقضي بها ديونه وينفذ فيه
وصاياه وصاحب اليد مختارًا الميت أو يختار ذلك فلا ينقض بيعه كما إذا كان
مقرًا أو مجحودًا وإذا نفع بقضاء القاضي فالظاهر أنه لا ينصرف ولا يمكنه الجحود
بعد ذلك لكون الحادثة معلومة له وللقاضي ومسجلة في خريطة القاضي
ولا يقال يحتمل أن يموت القاضي فيعود إلى الإنكار لأنا نقول موت القاضي
والشهود الذين عاينوا القضاء أو الذين شهدوا بأصل الحق أو نسيانهم من النوادر
ما يكون فلا يعتبر وإن كانت الدعوى في المنقول فقد قيل لا يترك النصف
الذي هو للغائب بالاتفاق بل ينزع منه ويدفع إلى عدل يحفظه لحاجته إلى
الحفظ بخلاف العقار لأنه محصن بنفسه ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على
الكبير الغائب لأن له ولاية الحفظ عليه كما للأب ذلك وكذا الأم ووصي الأم
والأخ والعم على الصغير فيما ورثه منهم لأنهم يملكون حفظه على الصغير دون
التصرف فيه ووصيهم قائم مقامهم فيملك ما يملكونه وقيل المنقول أيضًا على
الخلاف وقول أبي حنيفة فيه أظهر يعني أنه مضمون عليه ولو أخذ ودفع إلى أمين
القاضي كان أمانة وكان الترك أبعد من التوى وإنما لا يؤخذ الكفيل منه
لأن فيها إنشاء خصومة والقاضي نصب لقطعها لا لإنشائها وإذا حضر الغائب
لا يحتاج إلى إعادة البينة ولا القضاء لأن أحد الورثة ينتصب خصمًا عن
الميت فيثبت الملك للميت ثم يكون لهم بطريق الميراث عنه وكذا يقوم الواحد
مقامه فيما عليه دينًا كان أو عينًا فيقوم مقام سائر الورثة في ذلك بخلاف
نفس الاستيفاء فإنه عامل فيه لنفسه لا عن الميت فلا يصلح نائبًا لهم أيضًا
لعدم التوكيل منهم ولعدم قيامهم فيه مقام الميت بخلاف الإثبات فإنه
نائب فيه عن الميت فيما له وعليه فيكون نائبًا لهم أيضًا في ضمنه وذكر في

الجامع

الجامع الكبير إنما يكون قضاء على جميع الورثة إذا كان المدعى في يد الوارث
الحاضر ولو كان البعض في يد غيره لا ينفذ بقدره لأن دعوى العين لا يتوجه إلا على
ذي اليد فلا يكون خصمًا عنهم إلا في قدر ما في يده بخلاف ما إذا كان المدعى
على الميت دينًا حيث ينتصب فيه بعض الورثة خصمًا عن الكل مطلقًا قال
ومن قال مالي أو ما أملك في المساكين صدقة فهو على مال الزكاة ولو أوصى
بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس أن يكون كالوصية فيلزمه التصدق
بالكل وبه قال زفر رحمه الله لأن اسم المال ينتظمها وللكل قال الله تعالى
ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ووجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر
بإيجاب الله تعالى ومطلق المال في باب الصدقات بإيجاب الله ينصرف
إلى البعض كما في قوله تعالى وفي أموالهم حق وقوله خذ من أموالهم صدقة فكذا
ما يوجبه العبد على نفسه بخلاف الوصية لأنها أخت الميراث والإرث يجري
في جميع الأموال فكذا هي ولأن العادة أن الإنسان يلتزم الصدقة
من فضول ماله وهو مال الزكاة حال حياته وجميع المال حال وفاته
ويدخل فيه جنس ما يجب فيه الزكاة وهي السوائم والنقدان وعروض التجارة
سواء بلغت نصابًا أو لم تبلغ قدر النصاب وسواء كان عليه دين مستغرق أو لم
يكن عليه دين لأن المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة لا قدرها ولا شرائطها ويدخل
فيه الأراضي العشرية عند أبي يوسف رحمه الله لأنها سبب الصدقة ألا ترى
أن مصرفه مصارف الزكاة فكانت جهة الصدقة فيها راجحة وعند محمد رحمه
الله لا تدخل لأنها سبب المؤنة ولهذا يجب في أرض الصبي والمكاتب وفي أراضي
لا مالك لها كالأوقاف فكانت جهة المؤنة راجحة عنده وذكر في النهاية
قول أبي حنيفة مع قول محمد قال ذكره التمرتاشي رحمه الله ولا تدخل الأراضي
الخراجية لأنها تمحضت مؤنة ولا يدخل الرقيق للخدمة ولا العقار وأثاث
المنازل وثياب البذلة وسلاح الاستعمال ونحو ذلك مما ليس من أموال الزكاة
لما ذكرنا ومن مشايخنا من قال في قوله ما أملك أو جميع ما أملك في المساكين
صدقة يجب عليه أن يتصدق بجميع ما يملك قياسًا واستحسانًا وإنما القياس
والاستحسان في قوله مالي صدقة أو جميع مالي صدقة لأن الملك أعم من
المال ألا ترى أن الملك يطلق على المال وعلى غيره يقال ملك النكاح
وملك القصاص وملك المنفعة والمال لا يطلق على ما ليس بمال فإذا كان
لفظ الملك أعم تناول جميع ما يتصدق به كما لو نص عليه بأن قال كل مال
أملكه مما يتصدق به فهو صدقة والصحيح هو الأول لأنهما يستعملان
استعمالًا واحدًا فيكون النص الوارد في أحدهما واردًا في الآخر فيكون فيه

القياس والاستحسان كما في المال ولان الانسان عادة يلتزم التصدق بالفاضل
على الحاجة فينصرف فيهما الى الجنس مما يجب فيه الزكوة ثم اذا لم يكن له مال سوى
ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قدر قوته فاذا اصاب شيئا بعد ذلك
تصدق بمثل ما امسك لان حاجته مقدمة ولو لم يمسك قدر حاجته ليتكفف
الناس من ساعته وليس من الحكمة ان يتصدق بما عنده ثم يتكفف من ساعته
ولم يبين في المبسوط قدر ما يمسك لان ذلك يختلف باختلاف العيال وباختلاف
ما يتجدد له من التحصيل فبعض اهل الحرف يحصل لهم كل يوم وبعضهم كل ثلاثة
ايام وبعضهم اكثر وبعضهم اقل وكذا اهل التجارة واهل الزرع يتجدد لهم
في كل سنة واهل الغلة لهم في كل شهر عادة وهم الذين لهم دور وحوانيت وحانات
يوجرونها فيمسك اهل كل صنعة قدر ما يكفيه الى ان يتجدد له حاصله .
قال ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصية فهو وصي بخلاف الوكيل حتى
لو باع الوصي شيئا من اهل التركة قبل العلم بالوصية جاز البيع ولو باع
الوكيل مال الموكل قبل العلم بالوكالة ثم علم لم يجز وعن ابي يوسف انه لا يجوز
في الوصية ايضا حتى يعلم لان كل واحد منهما انابة لان احدهما في حالة
الحياة والآخر بعد الممات وجه الاول ان الوصية خلافة لانه يتصرف بعد
انقطاع ولاية الموصي فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث وكثبوت الملك له
والولاية الا ترى ان ابا الصغير لو مات وباع الجد ماله من غير علم بموته
جاز فكذا هذا اما الوكالة فاثبات ولاية التصرف في ماله وليس استحقاق
لنفاذ ولاية الموكل فلا يصح بلا علم من يثبت له الولاية كاثبات الولاية باثبات
الملك بالبيع ولان الموكل قادر فيتصرف بنفسه فلا يفوته النظر فلا حاجة الى
انابته بدون العلم بخلاف الميت والماذون بالتجارة للعبد والصغير بمنزلة
الوكالة فلا يثبت الا بعد العلم ولا يجوز تصرف الماذون له فيه لان الاذن
ماخوذ من الاذان وهو الاعلام فلا يتصور بدون العلم قال ومن اعلم
بالوكالة صح تصرفه اي اذا وكل رجلا موكلا فاعلمه واحد من الناس كان
وكيلا وجاز تصرفه سواء اخبره بذلك عدل او غير عدل صغير او كبير لانه
من المعاملات وكذا لا يشترط فيه الحرية ولا الاسلام وحاصله ان في المعاملات
فلا يشترط فيه الا التمييز قال ولا يثبت عزله الا بعدلين او مستورين
كالاخبار للسيد بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر يعني
لا يثبت عزله عن الوكالة الا بخبر عدل او احد اثنين غير عدل الى اخره وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله لا يشترط في المخبر في هذه الاشياء الا
التمييز لانها من المعاملات فصار كالاخبار بالتوكيل على ما بينا ولابي حنيفة

ان في هذه الاشياء الزاما من وجه فيشترط فيه احد شطري الشهادة اما العدد
او العدالة بيانه اما الالزام ان الوكيل يلزمه العهدة على تقدير ان يتصرف ولا يلزمه
شيء على تقدير عدم التصرف وكذا الشفيع يلزمه سقوط الشفعة على تقدير
سكوته وعلى تقدير الطلب لا يلزمه شيء وكذا البكر على تقدير السكوت يلزمها
النكاح وعلى تقدير الرد لا يلزمها وكذا السيد على تقدير التصرف فيه بالعتق
وغيره يلزمه وعلى تقدير عدم التصرف لا يلزمه ففي كل موضع يلزمه من كل
وجه يشترط فيه العدد والعدالة كما في المنازعات عند الحكام وفيما لا يلزمه
من كل وجه لا يشترط فيه العدد ولا العدالة فاذا كان فيه الزام من وجه
دون وجه يشترط فيه احدهما وقد بيناه في النكاح واما المسلم الذي اسلم
في دار الحرب ولم يهاجر الينا فالاصح انه يقبل فيه خبر الفاسق حتى يجب عليه
الاحكام بخبره لان المخبر به رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم الا في تبليغ الحديث
وفي الرسالة لا يشترط فيها العدالة كالبكر اذا اخبرها رسول الولي بالتزويج
وهذا الخلاف فيما اذا عزله الموكل وبلغه واما اذا لم يبلغه فهو على وكالته
حتى يبلغه بالاجماع لان نهي العبد معتبر بنواهي الشرع وفيها لا يثبت النهي في
الشرع بعد الاطلاق قبل البلوغ الى المكلف حتى لا يحرم عليه قبله فكذا
نهي العبد وهذا في العزل القصدي اما اذا كان حكميا فيثبت وينعزل قبل
العلم به وذلك مثل موت الموكل وجنونه مطبقا قال ولو باع القاضي
او امينه عبدا للغرماء واخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن اي ضاع ثمن
العبد في يد البائع وهو القاضي او امينه لم يضمن القاضي ولا امينه الثمن للمشتري
لان امين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الخليفة وكل واحد
منهم لا يلزمه الضمان لانه لو لزمه لتقاعد عن قبول هذه الامانة كيلا
يلزمهم الضمان وتعطلت مصالح المسلمين وكذا لو قبض الثمن وضاع في يده
وهلك العبد قبل التسليم الى المشتري لا يضمن القاضي ولا امينه الثمن لما
ذكرنا قال ويرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم فيكون عهدته
عليهم عند تعذر جعلها على العاقد كما تجعل العهدة على الموكل اذا تعذر جعلها
على الوكيل بان كان الوكيل عبدا او صبيا محجورا عليه لان العقد له قال
وان امر القاضي الوصي ببيعه لهم فاستحق او مات قبل القبض وضاع المال
رجع المشتري على الوصي لان الوصي هو العاقد نيابة عن الميت فيرجع الحقوق
اليه كما اذا وكله حال حياته وهذا اذا كان الميت اوصى اليه فظاهر وكذا
اذا نصبه القاضي لان القاضي انما نصبه ليكون قائما مقام الميت لا ليكون
قائما مقام القاضي فصار كمن اوصى اليه الميت قال ويرجع على الغرماء

الى ان يرجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم ومن عمل لغيره ولحقه بسببه ضمان يرجع به
على من يقع له العمل ولو ظهر للميت بعد ذلك مال رجع الغريم فيه بدينه
لان دينه لم يصل اليه فيرجع بما ضمن للوصي وللمشتري في المسئلة الاولى وهي
ما اذا كان البائع هو القاضي او امينه لانه قضى له وهو مضطر فيه وقيل
لا يرجع به لان الضمان وجب عليه بفعله لان قبض الوصي كقبضه والاول اصح
لما ذكرنا فان الوارث اذا بيع له كان بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين
كان العاقد عاملا له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ان كان هو وصي الميت
وان كان القاضي او امينه هو العاقد رجع عليه المشتري لما ذكرنا **قال**
ولو قال قاض عدل عالم قضيت على هذا بالرجم او بالقطع او بالضرب فافعله
وسعك فعله قيد هنا بكونه عدلا عالما وفي الجامع الصغير لم يقيد بهما وهو
الظاهر وانما يسعه فعله وان كان غير واجب لان طاعة اولي الامر واجبة قال الله تعالى
واطيعوا الرسول واولي الامر منكم وفي تصديقه طاعة ولانه اخبر عن امر يملك
انشاءه في الحال فيقبل قوله لخلوه عن التهمة ولانه لا يؤول في موضع المقاص
وادى في الاعصار كلها ولو لم يقبل قوله وضيع لولي وكان قاضيا فعلم
بذلك ان قوله حجة ثم رجع محمد رحمه الله عن هذا فقال لا ياخذ بقوله الا ان
يعاين الحجة او يشهد بذلك مع القاضي عدل وبه اخذ مشايخنا رحمهم الله لفساد
اكثر قضاة زماننا والتدارك غير ممكن ولان قبول خبر الواحد رتبة الانبياء
عليهم السلام وغيرهم غير معصومين عن الكذب والغلط الا في كتاب القاضي
الى القاضي لضرورة احياء الحقوق ولان الخيانة في مثله قلما يقع وقال
ابو منصور الماتريدي رحمه الله ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة
الخيانة واحتمال الخطا لانه لعلمه يامن من الميل بالرشوة ولفقهه
يؤمن من الغلط ظاهرا وان كان عدلا جاهلا يستفسر لان الجاهل قد يظن
غير الدليل دليلا فان احسن بان يذكر شرائطه مثل ان يحكم بحد الزنا مثلا
باقرار وبينة فاتى بشرائطه عند التفسير وجب تصديقه لان عدالته
تمنعه عن الكذب وان لم يحسن بان اخل في شرائطه من نصاب الشهادة او التكرار
في الاقرار ونحو ذلك لا يقبل قوله وان كان فاسقا فكذلك الا ان يعاين
الحجة لاحتمال الخطا او الخيانة قال الله تعالى ان جاءكم
فاسق بنبا فتبينوا والمصنف رحمه الله اختار هذا القول وان لم يصدقه
ولا يمين على القاضي لان اليمين تجب على الخصم والقاضي ليس بخصم وانما هو
امين ولو صار خصما لا ينفذ قضاؤه **قال** وان قال قاض عزل لرجل
اخذت منك الفا ودفعته الى زيد قضيت به عليك فقال الرجل اخذته

ظلما

ظلما فالقول للقاضي وكذا لو قال قضيت بقطع يدك في حق اذا كان المقطوع
يده والماخوذ منه ماله مقرا انه فعله وهو قاض لان المقضي عليه لما اقر انه
فعله في حال قضائه صار مخبرا فشهادة الظاهر للقاضي لان فعل القاضي
على سبيل القضاء لا يوجب عليه الضمان بحال فيقبل القول قوله ولا يجب على القاضي
في ذلك اليمين لانه ثبت انه فعل ذلك في حال قضائه بتصادقهما ولا يمين على
القاضي لما ذكرنا ولو اقر الاخذ والقاطع بما اقر به القاضي لم يضمنا ايضا لان
قول القاضي حجة ودفعه صحيح فصار اقراره به كفعله معاينا ولو زعم المقطوع
يده والماخوذ منه ماله انه لم يكن قاضيا يومئذ وانما فعل ذلك قبل التقليد
او بعد العزل كان القول للقاضي ايضا لانه اسنده الى حالة معهودة منافية
للضمان وصار كما اذا قال طلقتها وانا صبي او وانا مجنون والجنون كان معهودا
منه وقال شمس الائمة السرخسي اذا زعم المدعي ان القاضي فعل ذلك بعد العزل
كان القول قول المدعي لان هذا الفعل حادث فيضاف الى اقرب اوقاته ومن
ادعى تاريخا سابقا لا يصدق الا بحجة لان الاصل متى وقعت المنازعة في الاسناد
يحكم الحال كما اذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة وهو لو فعل في هذه الحالة
تجب عليه الضمان فلا يصدق في الاسناد الى حالة منافية الا بحجة بخلاف المسئلة
الاولى لانه ثبت الاسناد بتصادقهما والصحيح هو الاول لما ذكرنا وهو اختيار
فخر الاسلام علي البزدوي والصدر الشهيد رحمه الله ونظيره ما اذا قال العبد
لغيره بعد العتق قطعت يدك وانا عبد وقال المقر له قطعتها وانت حر كان
القول قول العبد وكذا لو قال المولى لعبد قد اعتقه اخذت منك غلة كل
شهر خمسة دراهم وانت عبد فقال المعتق اخذتها بعد العتق كان القول
قول المولى وكذا الوكيل بالبيع اذا قال بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل
بعد العزل كان القول للوكيل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما فالقول
قول الموكل لانه اخبر عما لا يملك انشاءه فيصير مدعيا وكذا في مسئلة الغلة
لا يصدق في الغلة القائمة لانه اقر بالاخذ وبالاضافة يدعي عليه التمليك
ولو اقر القاطع والاخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي يضمنان لانهما
اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال
سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق
فان قيل قد وجد الاسناد منهما ايضا الى حالة معهودة منافية للضمان
فوجب ان لا يجب ايضا كالقاضي قلنا ان هذه حجة عارضها ما هو اقوى
منها فتنتقض وجوب الضمان وهو الاقرار بسبب الضمان لان هذه حجة قطعية
لكون اقرار كل مقر حجة قطعية على نفسه وما ذكرنا من قضاء القاضي

فيصير حجة ظاهرة لا قطعية والظاهر لا يعارض القطعي وكان ينبغي ان يكون في
حق القاضي كذلك ويجب عليه الضمان لكن لو اوجبنا عليه الضمان لامتنع الناس
عن تقليد القضا حذارا الضمان بعد العزل فترك لذلك ولو كان المال في يد
الاخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي والماخوذ منه صدق القاضي في انه
فعله في قضائه او ادعى انه فعله في غير قضائه يؤخذ منه لانه اقر ان اليد
كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه
وينتظم تشبيه العلة على ما بينا ومن نظائر هذه المسائل ما لو قال
الوصي بعدما بلغ اليتيم انفقت عليه كذا او كذا من المال وانكر اليتيم
ذلك كان القول قول الوصي لما انه اسند الى حالة منافية للضمان واورد
في النهاية على المسائل المتقدمة ما اذا اعتق المولى امته ثم قال لها قطعت
يدك وانت امتي فقالت بل قطعتها وانا حرة كان القول قولها وكذا في
كل شيء اخذه منها عند ابي حنيفة وابي يوسف مع انه منكر للضمان باسناده
الفعل الى حالة منافية له فاجاب بالفرق بينهما من حيث ان المولى اقر باخذ
مالها ثم ادعى التملك لنفسه فيصدق في الاقرار ولا يصدق في دعواه
التملك له وكذا لو قال لرجل اكلت طعامك باذنك فانكر الاذن يضمن
المقر وهذا الفرق غير مخلص

كتاب الشهادة

قال رحمه الله هي اخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان
هذا في اللغة فلهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبي عن
المعاينة وسمي الاداء شهادة اطلاقا لاسم السبب على المسبب وقيل
هي مشتقة من الشهود بمعنى الحضور لان الشاهد يحضر مجلس القاضي
ومجلس القضا ولفظه الشهادة فشرطها العقل الكامل والضبط
والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي والمدعا عليه وركنها لفظ
اشهد بمعنى الخبر دون القسم وحكمها وجوب الحكم على القاضي بما يقتضيه
الشهادة والقياس يابى ان يكون الشهادة حجة ملزمة لانه خبر محتمل
للصدق والكذب ولكن ترك ذلك بالنصوص والاجماع قال ويلزم
بطلب المدعي اي يلزم اداء الشهادة ولا يسع كتمانها اذا طلب المدعي
لقوله تعالى ولا ياب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة
ومن يكتمها فانه اثم قلبه وهذا وان كان نهيا عن الاباء وعن الكتمان
لكن النهي عن الشيء يكون امرا بضده اذا كان له ضد واحد لان الانتهاء
لا يكون الا بالاشتغال به فكان اداء الشهادة فرضا قطعا لكونه انتهاء
عن الكتمان فصار كالامر به بل اكد لهذا اسند الاثم الى الالة التي وقع

بها الفعل وهي القلب لان اسناد الفعل الى محله اقوى من اسناده الى كله وقوله
ابصرته عيني اكد من قوله ابصرته واسناده الى اشرف الجوارح دليل على انه
اعظم الجرائم بعد الكفر بالله تعالى ثم انما ياثم اذا علم ان القاضي يقبل شهادته
وتعين عليه الاداء وان علم ان القاضي لا يقبل شهادته او كانوا جماعة واذا
غيره ممن يقبل شهادته فقبلت قالوا لا ياثم وان ادى غيره ولم يقبل شهادته
ياثم من لم يؤد اذا كان ممن يقبل شهادته لان امتناعه يؤدي الى تضييع الحقوق
هذا اذا كان موضع الشاهد قريبا من موضع القاضي وان كان بعيدا بحيث
لا يمكنه ان يغدو الى القاضي لاداء الشهادة ويرجع الى اهله في يومه ذلك
قالوا لا ياثم لانه يلحقه الضرر بذلك وقال تعالى ولا يضار كاتب ولا
شهيد ثم ان كان الشاهد شيخا كبيرا لا يقدر على المشي الى مجلس الحاكم وليس له
شيء للركوب فاركبه المدعي من عنده قالوا لا باس به وتقبل شهادته لانه من
باب الاكرام للشهود وقد قال عليه الصلاة والسلام اكرموا الشهود وان
كان يقدر فركبه المدعي من عنده قالوا لا تقبل قال وسترها في الحدود
واجب لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا
لك وهذا الحديث ولفظ المختصر يدل على انه مخير بين الستر والاظهار
ولكن الستر افضل لما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستر
الله عليه في الدنيا والاخرة وفيما نقل من تلقين المقر للدرء عن النبي
صلى الله عليه وسلم واصحابه دلالة ظاهرة على ان الستر افضل وان شاء
اظهر لان فيه حسبة ايضا ولان فيه ازالة الفساد وتقليله فكان حسنا
ولا يلزم على هذا قوله تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين
امنوا الاية لان ظاهر الاية والله اعلم يقتضي انهم يحبون ان تشيع فيهم
الفاحشة لاجل انهم امنوا وتلك صفة الكافر فلذلك وعد بعذاب اليم
ولان مقصود الشاهد ارتفاع الفاحشة من العباد لا اشاعتها ولهذا
امر الله تعالى بالاشهاد به بقوله فاستشهدوا عليهن اربعة منكم فلهذا حسن
الاول وهو الستر احسن لما بينا ولا يلزم عليه قوله تعالى ومن يكتمها فانه
اثم قلبه لان المراد بها حقوق العباد بدليل قوله تعالى ولا ياب الشهداء
اذا ما دعوا اي اذا دعاهم المدعي والحدود ليس لها مدع يدعيها ولان الحدود
حق الله تعالى والله غني عن كل شيء مع كرمه ولطفه بعباده والعبد محتاج
فلا يقاس احد الحقين على الاخر قال ويقول في السرقة اخذ لا سرق
لان الشهادة بالمال واجب اذا طلبه المدعي والستر في الحد افضل على
ما بينا وامكنه الجمع بينهما باقامة الحقين بقوله اخذ لانه يحيي به حق المدعي

وما يجب به الحد ولان القطع متى اوجب عليه سقط الضمان اذ لا يجتمعان فلا
يحصل مقصود المدعي بقوله سرق فيتوفاه مراعاة لحقه اذ هو محتاج اليه وفيه
صيانة يد السارق والله غني عن كل شيء فلا ضرورة الى اقامته **وقال**
وشرط للزنا اربعة رجال لقوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشة من نسائكم
فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى والذين يرمون المحصنات
ثم لم ياتوا باربعة شهداء ولقوله تعالى لولا جاؤوا عليه باربعة شهداء ولقوله
عليه السلام ائت باربعة يشهدون على صدق مقالتك وهذه الالفاظ
موضوعة للمذكر دون المؤنث وقد انعقد الاجماع على اشتراط الذكورة فيه
ولان الله تعالى يحب الستر على عباده واوعد بالعذاب من احب اشاعة الفاحشة
على المؤمنين بما تلونا وفي اشتراط الاربع مع وصف الذكورة تحقيق معنى الستر
اذ وقوف الاربع على هذه الفاحشة قل ما يتحقق واوجب على من نسب الى
هذه الفاحشة الحد ان كان اجنبيا واللعان ان كان زوجا وكل ذلك
يؤكد معنى الستر ويمنع من الاظهار ولا يقال الشرع هذه النصوص لاثبات
جواز العمل بهذا العدد وليس فيه تبيان ما يمنع العمل بما قل منه لانا نقول
هو كذلك لان التخصيص بالذكر لا يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء المذكور
ولكن لا يوجبه ايضا فمن ادعى جوازا بما دونه يحتاج الى دليل كما ان النافي
للحكم عند انتفائه لا ينفيه الا بعد ورود دليل يقتضيه اذ لا يثبت الحكم
الشرعي بغير دليل وقد وجد الدليل على انتفائه عند انتفاء العدد
المذكور هنا وهو اجماع الصحابة ومن بعدهم الى يومنا هذا ان الشهود
على الزنا اذا انتقص عددهم عن الاربعة يجب عليهم الحد لكونهم قذفة
الا ترى ان عمر رضي الله عنه حد الثلاثة الذين شهدوا على مغيرة بالزنا ولو
كان الزنا يثبت بما دونه لما وجب عليهم الحد بل كان يجب على المنسوب
الى الزنا ولا يمكن القياس على غيره من الحقوق لعدم التساوي ولو وجد
النص في الفرع وشرط القياس المساواة بين الاصل والفرع وان لا يكون
في الفرع نص يمكن العمل به **وقال** ولبقية الحدود والقصاص
رجلان لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم
والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنسا في الحدود والقصاص وقال
تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولان شهادة النسا فيها شبهة
البدلية لان كل اثنتين منهن قائمة مقام رجل فلا يقبل فيما يندرئ
بالشبهات كما لا يجوز فيها كتاب القاضي الى القاضي وانما كانت فيها شبهة
البدلية لا حقيقتها لان البدل الحقيقي يصار اليه مع القدرة

على الاصل غالبا وشهادة امراتين مع رجل تقبل مع وجود الشهود من الرجال
ومعنى قوله تعالى فان لم يكونا رجلين قالوا انه لم يشهدا حال كونهما رجلين
فليشهد رجل وامراتان ولولا هذا التاويل لما اعتبر شهادتهن مع وجود
الرجال وشهادتهن معتبرة معهم عند الاختلاط بالرجال ايضا حتى اذا شهد
رجال ونسوة بشيء يضاف الحكم الى الكل حتى يجب الضمان على الكل عند الرجوع
قال وللولادة والبكارة وعيوب النسا فيما لا يطلع عليه رجل
امراة يعني يشترط لثبوت هذه الاشيا شهادة امراة لقوله عليه السلام
شهادة النسا جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف
واللام اذا لم يكن ثم معهود يراد به الجنس فيتناول الاقل وقال حذيفة
رضي الله عنه اجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة القابلة على
الولادة وقال الشافعي رحمه الله يشترط فيه ان يشهد اربعة من النسا
لان كل امراتين يقومان مقام رجل واحد في الشهادة وقال ابن ابي
ليلى يشترط ان يشهد فيه اثنتان من النسا لان المعتبر في باب الشهادات
شيئان العدد والذكورة وتعذر اعتبار احدهما فبقي الاخر وهو العدد
على حاله والحجة عليهما ما روينا ولانه انما سقط اشتراط صفة الذكورة
لخفة النظر لان نظر الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار العدد لان نظر
الواحد اخف والاحوط الاثنتان او اكثر لما فيه من معنى الالزام ويشترط
فيها سائر شرائط الشهادة من الحرية والاسلام والعقل والبلوغ
والعدالة وحكم شهادتهن في الولادة والبكارة والعيوب قد ذكرنا
كل واحد منها في موضعها من الطلاق والبيوع واما شهادتهن في استهلال
الصبي تقبل في حق الارث عند ابي حنيفة لانه مما يطلع عليه الرجال
وتقبل في حق الصلاة عليه لانه من امور الدين كشهادتهن في هلال
رمضان وروايتهن الاخبار وعندهما يقبل لان الاستهلال علامة
حياته ولا يعرفه الا من حضره ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن
على نفس الولادة وتقبل في الولادة شهادة رجل واحد ايضا لانه
لما قبل فيه شهادة المراة كان الرجل بالطريق الاولى ثم اختلفوا فيما
اذا قال تعمدت النظر قال بعضهم يقبل كما في الزنا **قال** ولغيرها
رجلان او رجل وامراتان اي لغير الحدود والقصاص وما لا يطلع عليه
الرجال شهادة رجلين او رجل وامراتين سوا كان الحق مالا او غير مال
كالنكاح والطلاق والعتاق والوكالة والوصية ونحو ذلك مما ليس
بمال وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النسا مع الرجال الا في

الاموال وتوابعها كالاجل وشرط الخيار لان الاصل عدم قبول شهادتهن
لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للولاية
ولهذا لا تقبل شهادتهن وحدهن وان كثرن ولا مع الرجال في الحدود
والقصاص وانما قبلت في الاموال وتوابعها للضرورة لكثرة وقوعها
وقلة خطرها ولا كذلك غير المال ولنا ما روي ان عمر وعليا رضي الله عنهما
اجازا شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة لانها حجة
اصلية لا ضرورية والاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه اهلية
الشهادة وهي الولاية وهي تبتنى على الحرية والارث ولوجود اهلية
القبول وهي تبتنى على انتفاء التهمة بالكذب والغلط فالكذب ينتفي
بالعدالة والغلط ينتفي باتقان المعاينة والضبط والاداء لان
بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يحصل به البقاء والدوام وبالثالث
يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل روايتها في الاخبار وكان ينبغي ان
يقبل شهادتهن مطلقا كالرجال ولكن جاء النص بخلافه كيلا يكثر خروجهن
ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم اخرى اليها فلم يبق بعد ذلك
الا الشبهة وهذه الحقوق تثبت مع الشبهة كالمال بل فوقه الا ترى ان
النكاح يثبت مع الهزل وكذا الطلاق والعتاق والمال لا يثبت به وال
شبهة اقوى من الهزل بخلاف الحدود والقصاص لانها لا تثبت مع
الشبهة قال ولا بد في الكل لفظة الشهادة والعدالة اي يشترط
بجميع مراتب الشهادة وهي اربع مراتب على ما مضى بيانه لفظ الشهادة
والعدالة لكي تقبل حتى لو قال الشاهد اعلم او اتيقن لا تقبل شهادته
لان النصوص قاطعة باستشهاد فلا يقوم غيرها مقامها لما فيها
من زيادة توكيد لانها من الفاظ اليمين فيكون معنى اليمين ملاحظا
فيها والامتناع عن الكذب بهذا اللفظ اشد ولا يوجد هذا المعنى
في غيرها من الالفاظ بخلاف غيرها من الاقارير حيث لا يراعى فيه اللفظ
الذي ورد به الامر بل يتأتى بكل لفظ يعطي ذلك المعنى كالتكبير والايمان
حتى صح الدخول في الصلاة بلفظ التكبير وغيره مما هو في معناه وكذا الا
الايمان يجوز باي لسان كان لحصول المقصود به ولان في الشهادة الزام
الحاكم الحكم وثبت ذلك على خلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به النص
والعراقيون لا يشترطون لفظة الشهادة في شهادة النساء فيما لا
يطلع عليه الرجال ويجعلونه من باب الاخبار لا من باب الشهادة ٥
والصحيح هو الاول لانه من باب الشهادة ولهذا يشترط فيه شرائط

الشهادة من الحرية ومجلس الحكم وغيرهما والعدالة هي المعينة للصدق
قال الله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وقال تعالى ممن ترضون من
الشهداء والعدل هو المرضي ولان من يباشر غير الكذب من المعاصي قد
يباشر الكذب وهذا لان الخبر يحتمل الصدق والكذب وبالعدالة يترجح
جهة الصدق فهي الانزجار عما يعتقد حرمته والحجة هو الخبر الصدق
ولا يلزم حجة دونها وهي شرط لزوم العمل بالشهادة لا شرط اهلية
الشهادة اذ للحقوق الفاسق اهل لولاية القضاء والسلطنة فيكون
اهلا للشهادة الا ان فسقه اوجب التوقف في خبره للتهمة قال الله
تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا امرنا بالتبين والتوقف والتثبت
لا بالرد حتى اذا غلب على ظنه انه صادق في الشهادة جاز ان يحكم به وعن
ابي يوسف رحمه الله ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة يقبل
شهادته لعدم تمكن تهمة الكذب في شهادته لانه لوجاهته لا يتجاسر
احد على استئجاره لاداء الشهادة ولمروءته يمتنع عن الكذب من غير منفعة
له في ذلك والاول اصح لما ذكرنا ولان في قبول شهادته اكراما له
قال عليه السلام اكرموا الشهود فان الله تعالى يحيي الحقوق بهم وفي
حق الفاسق امرنا بخلافه قال عليه السلام اذا لقيت الفاسق فالقه
بوجه مكفهر ثم يكون معلنا للفسق فلا مروءة له شرعا فلا يلزم قبول
شهادته حتما على وجه لا بد له منه قال ويسأل عن الشهود سرا
وعلنا في سائر الحقوق وهذا عند ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة
يقتصر على ظاهر عدالة المسلم ولا يسأل عن الشاهد حتى يطعن الخصم
فيه فان طعن فيه يسأل عنه سرا وجهرا الا في الحدود والقصاص فانه
يسأل عنه في السر والعلانية وان لم يطعن الخصم لقوله عليه السلام
المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثله عن عمر وظاهر
قوله تعالى وكذلك جعلناكم امة وسطا لتكونوا شهداء على الناس يشهد
له ولان الظاهر هو الانزجار لان عقله ودينه يمنعانه عن مباشرة القبيح
فاكتفى بالظاهر لعدم المنازعة وان كان الوضع موضع استحقاق كالشفيع
يستحق الشفعة بظاهر يده اذا لم يكن له منازع وهذا لانه لا يمكن الوصول
الى القطع بحقائقها ولو زكى فالمزكي يخبر بعدالته بما كان ظاهر حاله
لان اقصى ما يستدل به على عدالته انزجاره عن محظورات دينه واجتهاده
في الطاعات وهي دلالة ظاهرة عليها وليست بقطعية فلا حاجة الى
اشتراط السؤال الا اذا طعن الخصم فيه لانه لا يطعنه كاذبا ظاهرا

فيقابل الظاهران فوجب الترجيح بالاستقصاء بخلاف الحدود والقصاص
لانهما يدرءان بالشبهة ويحتال لاسقاطهما فيستقصى فيهما احتيالا للدرء وجه
قولهما ان يسقط ولهما ان القضاء يبتنى على الحجة ولا تقوم الحجة الا بشهادة
العدول فعلى ما بيناه والعدالة قبل السؤال ثابتة بالظاهر وهو لا يصلح
حجة للاستحقاق فوجب التعرف عنها صيانة لقضائه عن البطلان وبناء
الحكم الى البرهان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لان ابا حنيفة
رضي الله عنه كان في القرن الثالث وهم الذين شهد لهم رسول الله صلى الله عليه
وسلم بالخير والصلاح بقوله عليه السلام خير القرون قرني الذي انا فيه
ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب حتى يحلف الرجل قبل ان
يستحلف ويشهد قبل ان يستشهد والاية التي تلونا والحديث الذي
روينا يدلان على ذلك وهما كانا في القرن الرابع بعدما تغيرت احوال الناس
وظهرت الخيانات والكذب فافتى كل واحد بما شاهد في زمانه والفتوى
اليوم على قولهما لان الفساد في هذا العصر اكثر ثم التعديل في السر ان
يبعث المستورة وهي الرقعة الى المعدل فيها اسم الشاهد ونسبه
وحليته ومسجده الذي يصلي فيه ومحلته وسوقه ان كان سوقيا فيسأل
عنه جيرانه واصدقاءه اذا عرفهم فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في
كتاب القاضي انه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق سكت ولا يكتب
احترازا عن الهتك ويقول الله يعلم الا اذا عدله غيره وخاف ان يحكم
القاضي بشهادته فحينئذ يصرح به ومن لم يعرف حاله يكتب تحت اسمه
انه مستور ويرد المعدل المستورة سرا كيلا يظهر فيؤذى ولا بد في التعديل
في العلانية من ان يجمع بين المعدل والشاهد لينتفي شبهة تعديل غيره
عند القاضي لاحتمال ان يكون في قبيلته من يوافقه في الاسم وقد كانت
العلانية وحدها في الصدر الاول لان الشوكة كانت لاهل الخير
ولم يقدر عليهم اهل الشر ويكتفى بالسر في زماننا لما ذكرنا وقال محمد رحمه
الله تزكية العلانية بلاء وفتنة ولا بد ان يقول المعدل هو عدل جائز
الشهادة لان العبد والمحدود في قذف اذا تاب يكون عدلا والاصح
انه يكتفي بقوله هو عدل لان من نشأ في دار الاسلام في زماننا كان الظاهر
من حاله الحرية والاسلام ولهذا لا يسأل القاضي عن حرية الشاهد واسلامه
ما لم ينازعه الخصم وما ذكره في الجامع ان الناس احرار الا في الشهادة والحدود
والقصاص والعقل فانه لا يكتفى بظاهر الحرية في هذه المواضع بل يسأل
عنه محمول على ما اذا طعن الخصم بالرق فان ابا الحسن ذكر في مختصره ان

الناس احرار الا في اربع مواضع الشهادة والحدود والقصاص والعقل فانه
لا يكتفي بظاهر الحرية في هذه المواضع اذا قال المدعى عليه ان الشاهد
عبد او قال القاذف المقذوف عبد او قال الجارح المشجوج عبد او قالت
العاقلة القاتل عبد لا تقبل شهادته ولا يجب حد القذف ولا القصاص
فيما دون النفس ولا الدية على العاقلة حتى يقيم البينة انه حر ويشترط
العدالة عند ابي حنيفة فان القاضي يحكم بظاهر العدالة بكونه من المسلمين
ما لم يطعن الخصم فيهم فاذا طعن يسأل على ما بينا **قال** وتعديل الخصم
لا يصح هكذا قال ابو حنيفة يعني تعديل المدعى عليه الشهود لا يصح ومراده
على قول من يرى السؤال عن الشهود واما على قوله فلا يتأتى ذلك لانه
لا يرى السؤال عن الشهود ونظيره المزارعة فانه لا يراها ومع هذا فرع
عليها على قول من يرى جوازها لا يصح تعديله لان من زعم المدعي وشهوده ان
المدعى عليه ظالم كاذب في الجحود وتزكية الكاذب الفاسق لا يصح وعن
ابي يوسف ومحمد ان تزكيته تجوز اذا كان من اهله بان كان عدلا لكن عند محمد
رحمه الله لا بد من ضم اخر اليه لانه لا يجوز تعديل الواحد وابو يوسف يجوزه
على ما يجيء من قريب ومراده فيما اذا قال هم عدول لكنهم اخطأوا او نسوا
اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد لزمه الحق لاقراره به
ولو كان قال هم عدول ولم يزد على ذلك لا يلزمه شيء لانهم مع كونهم عدولا
يتوهم منهم النسيان والخطأ فلا يلزم من كونه عدلا ان يكون كلامه صوابا
قال والواحد يكفي للتزكية لان التزكية من امور الدين فلا
يشترط فيه الا العدالة حتى تجوز تزكية العبد والمرأة والاعمى
والمحدود في قذف اذا تاب لان خبرهم مقبول في الامور الدينية
الا ترى ان رواياتهم في الاخبار مقبولة وهذا عندهما وقال محمد يشترط
في التزكية ما يشترط في الشهادة من العدد ووصف الذكورة حتى
يشترط في تزكية شهود الزنا اربعة ذكور وفي غيره من الحدود والقصاص
رجلان وفي غيرهما من الحقوق يجوز رجلان او رجل وامرأتان وفيما لا
يطلع عليه الرجال امرأة واحدة ولهما على اشتراط الشهادة لان
التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة
وهو بالتزكية فيشترط فيها ما يشترط في الشهادة ولهما انه ليس في
معنى الشهادة وانما هو في معنى الاخبار ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة
ولا مجلس الحكم وجاز تزكية من لا يقبل شهادته له كتزكية احد الزوجين
الاخر وتزكية الوالد ولده وبالعكس واشتراط العدد في الشهادة امر

لتعديل ثبت على خلاف القياس لان رجحان الصدق في حق العمل بقوله بالعدالة
لا بالعدد كما في رواية الاخبار حتى قالوا فيها لا يترجح بكثرة الرواة ما لم
يبلغ حد التواتر فلا معنى لاشتراط العدد في الشهادة ولكن تركنا ذلك
للنص فبقي ما وراءها على الاصل وفي المحيط اجاز تزكية الصبي قالوا
يشترط الذكورة والعدد الشهادة في تزكية شهود الحد بالاجماع والمراد
بالرسالة والترجمة رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشهود محل ذلك
على الخلاف الذي ذكرنا والعدد فيما بينا من الجانبين والاحوط في الكل
اثنان وينبغي للقاضي ان يختار في المسائلة عن الشهود من هو اخبر باحوال
الناس واكثرهم اختلاطا بالناس مع عدالته عارفا بما يكون جرحا وما لا
يكون جرحا غير طماع ولا فقير كيلا يخدع بالمال فان لم يكن في جيرانه
ولا اهل سوقه من يثق به سأل اهل محلته وان لم يجد فيهم ثقة اعتبر فيهم
تواتر الاخبار وهذا الذي ذكرناه كله في تزكية السر واما تزكية
العلانية فيشترط فيها جميع ما يشترط في الشهادة من الحرية والبصر
وغير ذلك سوى لفظ الشهادة بالاجماع لان معنى الشهادة فيها اظهر
فانها تختص بمجلس القضاء **قال** وله ان يشهد بما سمع او رأى في مثل
البيع والاقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل وان لم يشهد عليه اي يجوز
ان يشهد في كل ما يتم بنفسه اذا عاين السبب كالبيع الى اخر ما ذكره وان لم يشهد
عليه بل يجب عليه اذا دعي اليه لما تلونا ورويناه وهذا لانه علم ما هو الموجب
بنفسه وهو الشرط لقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون ولقوله عليه
السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ويقول اشهد بانه باع واقر
لانه عاين السبب فوجب عليه الشهادة به كما عاين وهذا اذا كان البيع
بالعقد ظاهر وان كان بالتعاطي فكذلك لان حقيقة البيع هو مبادلة
المال بالمال وقد وجد وقيل لا يشهدون على البيع بل يشهدون على الاخذ
والاعطاء لانه بيع حكمي وليس ببيع حقيقي ولا يقول اشهدني الا اذا اشهده
كيلا يكون كاذبا وكذا في الاقرار يقول اشهد ان فلانا اقر بكذا لفلان
ولا يقول اشهدني لما ذكرنا ولو سمع من وراء الحجاب لا يسعه ان يشهد لاحتمال
ان يكون غيره اذ النغمة تشبه النغمة الا اذا كان في الداخل وحده ودخل وعلم
الشاهد انه ليس فيه غيره ثم جلس على المسلك وليس له مسلك غيره فسمع
اقرار الداخل ولا يراه لانه يحصل به العلم وينبغي للقاضي اذا فسره له ان لا
يقبله لان النغمة تشبه النغمة وليس من ضرورة جواز الشهادة القبول
عندنا لتفسير الا ترى ان الشهادة بالتسامع تجوز في اشياء ثم عند التفسير

لا يقبل وقالوا اذا سمع صوت امرأة من وراء الحجاب لا يجوز ان يشهد
عليها الا اذا كان يرى شخصها وقت الاقرار **قال** ولا يشهد على شهادة
غيره ما لم يشهد عليه لان الشهادة لا يثبت حكمها بنفسه ولا تصير حجة
الا بالنقل الى مجلس القضاء ولهذا يعتبر عدالة الاصول فلا يكون
لغيره ان ينقل كلامه حجة الا بامره فلا يسعه ان يشهد على شهادته الا بتحميل
وكذا اذا سمعه يشهد غيره على شهادته لا يسع السامع ان يشهد على شهادته
لانه لم يحمله وانما حمل غيره فصار نظير ما لو سمع شخصا يوكل حيث لا يجوز للسامع
ان يتصرف ما لم يوكله لان الموكل لم يرض برأيه **قال** ولا يحل لشاهد
وقاض وراو بالخط ان لم يتذكروا اي لا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان
يشهد حتى يتذكر الشهادة ولا للقاضي اذا وجد في ديوانه مكتوبا
شهادة شهود ولا يحفظ انهم شهدوا بذلك او قضية قضاها ان يحكم
بتلك الشهادة ولا ان يمضي تلك القضية ولا للراوي اذا وجد
مكتوبا بخطه او بخط غيره وهو معروف انه قرأ على فلان ونحوه ان يروي حتى
يتذكر الشهادة او القضية او الرواية وهذا على اطلاقه قول ابي
حنيفة ووجهه قوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقوله عليه السلام
اذا علمت مثل الشمس فاشهد شرط ان يكون عالما ولا يتصور العلم بدون
تذكر الواقعة ولان الخط يشبه الخط فلا يلزم حجة لاحتمال انه مزور
وهذا لان فائدة الكتاب ان يتذكر اذا نظر فيه فاذا لم يفد للقلب
التذكر وجوده كعدمه وقال محمد رحمه الله يجوز لكل واحد منهم ان يعمل
بالكتاب ان تيقن به وان لم يتذكر الواقعة توسعة للامر على الناس وقال
ابو يوسف رحمه الله يجوز للراوي ان يعمل به لدلالة الظاهر وكذا للقاضي
ان يحكم بالشهادة وان يمضي القضاء بذلك وليس للشاهد ان يشهد
برؤية خطه ما لم يتذكر الشهادة لان القاضي لكثرة اشتغاله يعجز عن
حفظ كل حادثة ولهذا يكتب كل حادثة فلو لم يكتف بما لم يجد في قمطره
لتعطل احوال الناس ولانه يجعله في قمطره وهو في يده تحت ختمه فيؤمن
من التبديل والتزوير وكتابة الرواة تكون في ايديهم فيؤمن التزوير
ايضا بخلاف كتابة الشهادة لان الصك يكون في يد الخصوم فلا يؤمن
من التبديل ولو نسي القاضي قضاءه ولم يكن له سجل فشهد عنده شاهدان
بانه قضى بكذا فعلى هذا الخلاف المذكور وقيل عند ابي يوسف لا
ينفذ ذلك وعلى هذا لو اخبره قوم يثق بهم انه كان شاهدا لا يسعه ان يشهد
وعلى هذا لو سمع حديثا من غيره ثم نسي راوي الاصل فسمعه ممن روى

عندهما فعند أبي يوسف لا يعتمد وما يجوز له أن يعمل به وعند محمد له أن يعتمد
ذلك في الكل ولو تذكر مجلس الشهادة دون الشهادة لا يسعه أن يشهد
قال ولا يشهد بما لم يعاينه إلا في النسب والموت والنكاح والدخول
وولاية القاضي وأصل الوقف فله أن يشهد بها إذا أخبره بها من يثق به
والقياس أن لا تجوز الشهادة لا تجوز إلا بعلم على ما بينا من قبل ولا
يتحقق العلم إلا بالمشاهدة والعيان أو الخبر المتواتر ولم يوجد فصار
كالبيع والإجارة بل أولى لأن حكم المال أخف من حكم النكاح ولهذا لا يجوز
للقاضي أن يحكم بالتسامع والحكم يجب بما يجب به الشهادة ولهذا لو فسر
للقاضي لا يقبله وجه الاستحسان أن هذه الأمور يختص معاينة أسبابها
خواص من الناس ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون والانقراض
الأعصار فلو لم يقبل فيها بالتسامع أدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام
ولأن الأسباب يقترن بها ما يشتهر به فإن النسب يشتهر بالتهنئة
ونسبة كل واحد إلى الآخر عند المخاطبات والمنادمات والموت بالتعزية
وقسمة التركات والنداء بالإيذان والنكاح بالشهود والولائم والدخول
يتعلق بأحكام مشهورة من النسب والمهر والعدة وثبوت الإحصان
والقضاء بقراءة المنشور واختلاف الخصوم إليه وازدحامهم عليه فنزلت
الشهرة فيها منزلة العيان فلا يشترط فيها المشاهدة بخلاف البيع
والهبة والإجارة وأمثالها لأنها لا تختص بمشاهدة أسبابها الخواص من
الناس بل يحضره الخاص والعام وبه جرت العادة ولأن الناس قاطبة
مجمعون على أنهم يشهدون بهذه الأشياء بالشهرة ألا ترى أنا نشهد أن عليا
تزوج فاطمة ودخل بها وشريحا كان قاضيا وعمر بن الخطاب تزوج بنت
علي ولو تعلقت بحقيقة علم السبب أدى إلى عدم الشهادة بها أصلا
لأن سبب النسب العلوق ولا علم للبشر به وسبب القضاء التولية
ولا يحضره إلا الوزير وأمثاله وكذا الدخول لا يعرفه إلا الزوجان فثبت
في الكل بالدليل الظاهر ثم إنما يجوز له أن يشهد بهذه بالتواتر أو بإخبار
من يثق به وإذا رأى امرأة يدخل عليها رجل ينبسطان انبساط الأزواج
وسمع من الناس أنها زوجته جاز له أن يشهد به وإن لم يعاين عقد النكاح
وكذا إذا رأى شخصا جالسا بمجلس الحكم يفصل الخصومات جاز له أن يشهد
أنه قاض قالوا وفي الأخبار يشترط أن يخبره رجلان أو رجل وامرأتان وهم
عدول ليحصل له نوع علم أو غلبة ظن وقيل في الموت يكتفي بإخبار واحد
عدل أو واحدة لأنه قد يتحقق في موضع ليس فيه إلا واحد بخلاف غيره لأن

الغائب

الغائب فيها أن يكون بين الجماعة ويشترط في الإخبار لفظ الشهادة
في غير الموت وفي الموت لا يشترط لأنه لا يشترط فيه العدد فكذا لفظ
الشهادة ولو لم يحضر موت الشخص إلا واحد وأراد أن يشهد بموته عند
الحاكم أخبر بذلك رجلا عدلا ثم يشهدان بذلك عند الحاكم ويجوز أن يجيب
السائل ولو شهد أنه حضر دفنه فهو معاينة وقوله وأصل الوقف يحترز
به عن شرائطه لأن أصله هو الذي يشتهر دون شرائطه فلا يقبل فيها
بالتسامع وذكر المرغيناني رحمه الله أنه لا بد من بيان الجهة بأن يشهدوا
أنه وقف على هذا المسجد أو الفقراء وما أشبهه حتى لو لم يذكروا في شهادتهم
الجهة لا يقبل شهادتهم ثم قصر الاستثناء على هذه الأشياء ينفي اعتبار التسامع
في الولاء وعن أبي يوسف أنه يجوز لأنه بمنزلة النسب لقوله عليه السلام
الولاء لحمة كلحمة النسب ولأن الحكم المتعلق بالولاء يبقى بعد الموت كالحكم
المتعلق بالنسب فلو لم يجز بالتسامع لتعطلت الأحكام وجه قول أبي حنيفة
ومحمد أن العتق ينبني على زوال الملك فلا بد فيه من المعاينة فكذا ما
ينبني عليه وذكر شمس الأئمة السرخسي أن الشهادة بالعتق لا تقبل بالإجماع
وذكر الحلواني أن الخلاف ثابت فيه أيضا ثم ينبغي أن لا يفسر أنه يشهد
بالتسامع فلو فسر لا يقبله كمعاينة شيء في يد إنسان يطلق له الشهادة
وإذا فسر لا يقبل وقال ومن في يده شيء سوى الرقيق لك أن تشهد
أنه له لأن اليد بلا منازع أقصى ما يستدل به على الملك إذ لا دليل لمعرفة
الملك في حق الشاهد سوى اليد بلا منازع لأن غاية ما في الباب أن يعاين
أسباب الملك من الشراء أو غيره وذلك راجع إلى اليد لأن المملك ثبت ملكه
باليد بلا منازع ولولا ذلك لما صح التملك منه من المشتري فثبت بهذا
أن لا دليل على الملك سوى اليد فكان معتمدا للشاهد لأنه اعتبار للظاهر
عند تعذر الوقوف على الحقيقة فمنعه الشهادة باليد يؤدي إلى سد بابها
إذ لا دليل للشاهد سوى اليد وبابها مفتوح وهي مشروعة فيما يؤدي
إلى انتفائها فهو المنتفي وعن أبي يوسف أنه يشترط مع ذلك أن يقع في
قلبه أنه له ليحصل له نوع علم أو غلبة ظن لأن الشهادة بلا علم لا تجوز
لما تلونا ورويناه ولهذا قيل لو رأى درة ثمينة في يد كناس أو كتابا في
يد جاهل وليس في آبائه من هو أهل لذلك لا يسعه أن يشهد له قالوا
يحتمل أن يكون هذا تفسيرا لإطلاق محمد رحمه الله بقوله وسعك أن تشهد
أنه له وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال الخصاف
لأن اليد متنوعة إلى ملك ووديعة وعارية وإجارة ورهن فلا اعتبار إلا

بالتصرف قلنا التصرف ايضا متنوع الى وكالة واصالة وشرط البعض مع اليد وان يقع في قلبه انه له لان الاصل في الشهادة الاحاطة واليقين لما بينا وجوابه ان العلم القطعي متعذر فيشترط فيه غاية ما امكن وهو اليد لان الملك لا يعرف بالدليل حقيقة وادناه يشتبه لاحتمال ان التابع لا يملكه فيكتفى بظاهر اليد تيسيرا اذ الاصل ان تكون الاملاك في يد ملاكها وكينونتها في يد غيره عارض فرجحنا بالاصل ولهذا يقضي له القاضي باليد قضاء ترك ثم المسئلة على اربعة اقسام احدها ان يعاين المالك والملك بان عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده وراه في يده بلا منازعة احد ثم راه في يد غيره بعد جاز له ان يشهد للاول بالملك اذا ادعاه منها على يده والثاني ان يعاين الملك دون المالك بان عاين ملكه بحدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلاني وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي نسبت اليه الملك فادعى ان المحدود ملكه على شخص جاز له ان يشهد استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوما بالتسامع والملك بالمعاينة ولو لم يسمع مثل هذا لضاع حقوق الناس لان فيهم المحجوب ولا يبرز اصلا ولا يتصور ان يراه متصرفا فيه وليس هذا اثبات الملك بالتسامع وانما هو اثبات النسب بالتسامع وفي ضمنه اثبات الملك به وهو لا يمتنع وانما يمتنع اثباته قصدا والثالث ان لا يعاين الملك ولا المالك ولكن سمع من الناس انهم قالوا لفلان بن فلان ضيعة في قرية كذا حدودها كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل له ان يشهد له بالملك والرابع ان يعاين المالك دون الملك بان عرف الرجل معرفة تامة وسمع ان له في قرية كذا ضيعة وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه ان يشهد لانه لم يحصل له العلم بالمحدود وهو شرط للشهادة على ما بينا وقوله سوى الرقيق اشارة الى انه لا يجوز له ان يشهد في الرقيق اذا راه في يده لان للرقيق يدا على نفسه حتى اذا ادعى انه حر الاصل كان القول قوله فلا يثبت لغيره عليه يد على الحقيقة حتى يعتبر لاطلاق الشهادة بالملك ولا يمكن ان يعتبر فيه التصرف وهو الاستخدام لاطلاق الشهادة لان الحر ايضا يستخدم طائعا كالعبد فلا يصلح دليلا على الملك وفي الكافي عن ابي يوسف ومحمد انه يجوز له ان يشهد في الرقيق ايضا وفي الهداية حصل ذلك عن ابي حنيفة ووجهه ان اليد دليل الملك مطلقا الا ترى ان من ادعاه رقيقا في يد غيره وذو اليد يدعيه لنفسه كان القول لذي اليد لان الظاهر شاهد له بالملك وهو قيام يده عليه هذا اذا كان الرقيق

مميزا

مميزا يعبر عن نفسه ولم يعرف بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه او كان معروفا بالرق جاز له الشهادة بالملك اذا راه في يده لان الرقيق او الصغير الذي لا يعبر عن نفسه يكون في يد غيره اذ لا يد له على نفسه فصار كسائر الاموال **قال** وان فسر للقاضي انه يشهد له بالتسامع او بمعاينة اليد لا تقبل اي فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع في موضع يجوز بالتسامع او فسر انه يشهد له بالملك برويته في يده في موضع يجوز له الشهادة برويته في يده لان التسامع او الروية في اليد مجوز للشهادة والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة اذا كانت عن عيان ومشاهدة او اطلاقه لاحتمال المشاهدة فيحمل عليه اما اذا كانت عن تسامع او روية في يده فلا يفيد علما فلا يجوز له ان يحكم بها الا ترى انه لا يجوز له ان يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا بروية نفسه في يد انسان فاولى ان لا يجوز بسماع غيره او بروية غيره وهذا لان القضاء يجب بما يجب به الشهادة وفيما لا يجب لا يجب فكذا ينبغي ان لا يجوز الشهادة فيما لا يجوز القضاء به الا انا استحسنا في المواضع التي تقدم ذكرها للضرورة التي ذكرناها وبقي القضاء على اصل القياس **قال** وان شهد انه حضر دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله لانه لم يشهد الا بما علم فوجب قبولها لدخوله تحت قوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال تعالى وما شهدنا الا بما علمنا

باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل

قال رحمه الله ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر تقبل فيما يجري فيه التسامع وهو رواية عن ابي حنيفة لانه لا حاجة الى البصر في السماع اذ لا خلل في سمعه وقال ابو يوسف والشافعي يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول المقصود بالمعاينة وهو العلم والاداء يختص بالقول ولسانه صحيح فصح والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت وفيما بين ذلك ولا خلل في حفظه ولم يفت في حقه الا الاشارة وذكر الاسم يقوم مقامها عند تعذرها كما في الشهادة على الميت وقال مالك تقبل شهادته مطلقا كالبصير ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بين الخصمين ولا يفرق بينهما الا بالنغمة فيخشى عليه التلقين من الخصم اذ النغمة تشبه النغمة وربما يشاركه غيره في الاسم والنسب فكان فيه شبهة وهذه الشبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسب لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص بخلاف وطي امراته حيث يجوز له مع هذه الشبهة لانه لا يمكن التحرز عنه وفيه

ضرورة ايضا لانه يحتاج الى اقتضاء الشهوة وبقاء النسل ولانه يعمل فيه
خبر الواحد فيعتمد على خبر المراة وكذا اذا عمي بعد الاداء قبل الحكم بها
لان قيام الاهلية شرط وقت القضاء ليصير حجة وصار كما اذا خرس او جن
او فسق او ارتد والعياذ بالله تعالى بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان
الاهلية تنتهي بالموت والغيبة باقية على حالها قال والمملوك
والصبي لان الشهادة من باب الولاية لما فيه من الزام الغير وليس من معنى
الولاية سوى هذا ولا ولاية للمرء على نفسه ولا ولاية لهما على انفسهما
فاولى ان لا يكون لهما الولاية على الغير قال الا ان يتحملا في الرق
والصغر واديا بعد الحرية والبلوغ لانهما اهل للتحمل لان التحمل بالمشاهدة
والسماع ويبقى الى وقت الاداء بالضبط وهما اهلا فيه وذلك عند الاداء
لانهما اهل للشهادة قال والمحدود في قذف وان تاب لقوله
تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون وقال الشافعي
تقبل شهادته اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا والاستثناء اذا تعقب
جملا بعضها معطوف على بعض ينصرف الى الكل كقول القائل امراته طالق
وعبده حر وعليه حجة الا ان تدخل الدار فهو ينصرف الى جميع ما تقدم ولان
هذا افترى على عبد من عباد الله والافتراء على الله وهو الكفر لا يوجب رد
الشهادة على التابيد بل اذا اسلم تقبل شهادته فهذا اولى ولانه
لو تاب قبل اقامة الحد عليه تقبل شهادته ولا جائز ان يكون اقامة
الحد عليه هو الموجب لرد الشهادة لانه فعل الغير به وهو مطهر ايضا
فلا يصلح مناطا لرد الشهادة فتعين الرد لفسقه ولنا ما تلونا ووجهه
ان الله تعالى رد شهادته على التابيد فمن قال هو موقوف الى وجود التوبة
يكون ردا لما اقتضاه النص فيكون مردودا والقياس على الكفر وغيره
من الجرائم لا يجوز لان القياس المخالف للنص لا يصح ولان رد الشهادة
معطوف على الجلد المتقدمة وهي حد فكذا هذا فصار من تمام الحد اذ
العطف للاشتراك وتغايرهما بالامر والنهي لا يمنع من ذلك اذ لا يكون احدهما
امرا والاخر نهيا لا يمنع من العطف كقولهم اجلس ولا تكلم فكان الكل جزاء
جريمته ولا نسلم ان الجملة الاخيرة معطوفة على ما قبلها لان ما قبلها حدود
ولهذا اسند الاية به وقوله واولئك هم الفاسقون ليس بحد وانما هو اخبار
عن وصف قايم بالذات فلا يصلح حدا لان الحد يقع بفعل الائمة لا بوصف
قايم بالذات فلا ينصرف الاستثناء الى الجميع ولو انصرف لبطل الحد ولم
يقل به احد فتبين بهذا ان الواو في قوله تعالى واولئك هم الفاسقون

واو نظم لا واو عطف فيكون منقطعا عن الاول فينصرف الاستثناء الى ما يليه
ضرورة كقوله تعالى والراسخون في العلم الا ترى انه لا يصلح جزاء الجريمة
والجلد ورد الشهادة يصلحان جزاء لان كل واحد منهما مؤلم زاجر عن ارتكاب
هذه الجريمة فاما رد الشهادة فقطعا للالة الجانية معنى وهي اللسان
كقطع اليد حقيقة في السرقة فصار الرد من تمام الحد والحد لا يرتفع بالتوبة
فاذا لم يكن الواو للعطف لا ينصرف الاستثناء الى الجميع بخلاف ما ذكره القائل
لان الواو فيه للعطف الا ترى ان كلها جملا متشابهة فيتوقف كلها على اخرها
حتى اذا وجد المغير في الاخير تغير الكل والقياس عليه وغيره ممتنع لفقد
شرطه وهو ان لا يكون في الفرع نص يمكن العمل به وهنا نص على التابيد فكيف
يمكن القياس عليه ولا جائز ان يكون رد شهادته لضعفه لان الثابت بالنص
من خبر الفاسق هو التوقف لقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا لا الرد
لانه لو كان الرد لاجل فسقه للزم عطف العلة على حكمها وهو لا يجوز فتبين
بهذا ان رد الشهادة لاجل انه حد لا للفسق ولهذا لو قام اربعة
بعد ما حد على انه زنا لا تقبل شهادته بعد التوبة في الصحيح لانه بعد اقامة
البينة لا يحد فكذا لا ترد شهادته قال الا ان يحد الكافر في قذف
ثم اسلم فانه تقبل شهادته بعد الاسلام لان هذه شهادة استفادها بعد
الحد بالاسلام فلم يلحقها رد لان التي ردت غير هذه الا ترى ان المردودة
لا تقبل على المسلم وهذه تقبل فيرد الاول لا ترد الثانية بخلاف العبد
اذا حد ثم اعتق حيث لم تقبل شهادته لانه لم يكن له شهادة على احد وقت
الجلد فلم يتم الرد الا بعد الاعتاق في حقه فلا يتصور قبولها من غير
اقامة البينة على المقذوف انه زنا على ما مر وهذا لان الرد من تمام
الحد ففي الكافر تم في حال كفره وفي العبد لم يتم الا بعد الحرية ولو ضرب
الذمي في حد القذف سوطا فاسلم ثم ضرب الباقي بعد الاسلام تقبل
شهادته لان رد الشهادة من تمام الحد والموجود بعد الاسلام ليس بحد بل
هو بعضه فلا يترتب عليه رد الشهادة وعن ابي حنيفة انه اذا ضرب السوط
الاخير بعد الاسلام لا تقبل شهادته لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات
اجزاء تعلق الحكم بالجزء الاخير لما عرف في موضعه وعنه انه اذا ضرب
الاكثر بعد الاسلام لا تقبل شهادته وان كان دون ذلك تقبل
لان للاكثر حكم الكل وفي المبسوط لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب
تمام الحد لان اقامة الحد مسقطة للشهادة والحد لا يتجزى فما دونه
لا يكون حدا بل يكون تعزيرا وهو لا يسقط الشهادة وروي عنه انه

انها تسقط اذا اقيم عليه الاكثر وروي عنه انه اذا ضرب سوطا سقطت
شهادته وهي نظير مسئلة اسلام الذمي في خلال الحد على ما بيناه **قال**
والولد لابويه وجديه وعكسه واحد الزوجين للاخر والسيد لعبده
ومكاتبه لقوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد
لولده ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته ولا العبد لسيده ولا المولى
لعبده ولا الاجير لمن استاجره ولان المنافع بين هولاء متصلة ولهذا لا يجوز
اداء بعض الزكوة الى بعض فتكون شهادة لنفسه من وجه فلا تقبل ولا
فرق بين ان يكون على العبد دين او لم يكن لان له حقا في ماله كيف ما كان
والمراد بالاجير في الحديث التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه
ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت
واصل القنوع السوال والمراد من يكون تبعا للقوم كالخادم والاجير
والقانع لانه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم وهو من القنوع لا من القناعة
وقيل المراد به الاجير مشاهرة لانه اجير خاص فيستوجب الاجر على منافعه
فاذا شهد له في مدة الاجارة يكون كانه شهد له باجر ومالك يجيزها
في قرابة الولاد هو يعتبرها بالشهادة عليهم والشافعي يجيزها في الزوجين
فيقول لا قرابة بينهما والزوجية قد تكون سببا للتنافر والعداوة وقد
تكون سببا للميل والايثار فصارت نظير الاخوة ولهذا يجري القصاص
بينهما والحبس بالدين ولا معتبر بالمنفعة الثابتة ضمنا كما في الغريم اذا
شهد لمديونه المفلس ولنا ما ذكرنا من الحديث وما بينا من المعنى ولان
المنافع بينهما متصلة ولهذا يعد احدهما غنيا بغنا صاحبه وقيل هو المراد
بقوله تعالى ووجدك عائلا فاغنى اي بمال خديجة فاذا كان هذا في
الزوجين فهو في الولاد اولى وروي ان الحسن بن علي رضي الله عنه شهد لعلي
مع قنبر عند شريح بدرع له فقال شريح لعلي ايت بشاهد اخر فقال مكان
الحسن او مكان قنبر فقال لا بل مكان الحسن قال اما سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول الحسن والحسين هما سيدا شباب اهل الجنة
قال سمعت لكن ايت بشاهد اخر القصة الى اخرها وفيها انه استقضاه
وزاده في رزقه ومثل هذا لا يقدح في العدالة لانه انما لا يجوز لكونه
شهادة لنفسه من وجه وشهادة المرء لنفسه غير مقبولة **قال** رحمه
الله والشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما
فيه وهذا لانه يصير شاهدا لنفسه في البعض وشهادة المرء لنفسه غير
مقبولة فاذا بطل في نصيبه بطل في نصيب شريكه ايضا لانها شهادة

واحدة

واحدة فلا تتجزى ولو شهد له بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة قال في
النهاية هذا في حق الشريكين شركة عنان ظاهر واما شهادة احد المفاوضين
لصاحبه فلا يقبل الا في الحدود والقصاص والنكاح لان ما عداها
مشترك بينهما وهذا سهو فانه لا يدخل في الشركة الا الدراهم والدنانير
ولا يدخل فيه العقار ولا العروض ولهذا قالوا لو وهب لاحدهما غير
الدراهم والدنانير لا تبطل الشركة لان المساواة فيه ليس بشرط **قال**
ومخنث اي لا تقبل شهادته وهو الذي في كلامه لين وتكسر ومراده
اذا كان يتعمد ذلك تشبها بالنساء وفي عرف الناس هو الذي يباشر الرديء
من الافعال ويلين كلامه عمدا وكل ذلك معصية فلا تقبل شهادته لقوله
عليه السلام لعن الله المؤنثين من الرجال والمذكرات من النساء واما اذا
كان في كلامه لين وفي اعضائه تكسر خلقة ولم يشتهر بشيء من الافعال الرديئة
فهو عدل مقبول الشهادة **قال** والنائحة والمغنية لانه عليه السلام
نهى عن الصوتين الاحمقين المغنية والنائحة اطلقه في حق المراة ولم
يقيده بكونها تغني للناس وقيده في حق الرجل لان نفس رفع الصوت
حرام في حقها بخلاف الرجل على ما بين قالوا المراد بالنائحة هي التي تنوح
في مصيبة غيرها لانها ترتكب المحظورات لاجل الطمع في المال وتجعله
مكسبها اما التي تنوح في مصيبتها فلا تسقط عدالتها **قال** والعدو
ان كانت عداوته دنيوية لان المعاداة لاجل الدنيا حرام فمن ارتكبها
لا يؤمن من التقول عليه واما اذا كانت العداوة دينية فتقبل شهادته
لانها من التدين فتدل على قوة دينه وعدالته وهذا لان المعاداة قد
تكون واجبة بان راى فيه منكرا شرعا ولم ينته بنهيه والذي يوضح لك
هذا ان العلماء المسلمين مجمعون على قبول شهادة المسلم على الكافر والعداوة
الدينية قائمة بينهما فلو كانت مانعة لما قبلت **قال** ومدمن الشرب
على اللهو اي مدمن شرب الخمر لاجل اللهو لان شربها كبيرة وفي الكافي
قال انما شرط الادمان ليكون ذلك ظاهرا منه فان من شرب الخمر سرا ولا
يظهر ذلك منه لا يخرج من ان يكون عدلا وان شربها كثيرا وانما تسقط
عدالته اذا كان ذلك يظهر منه او يخرج سكران فيلعب به الصبيان فانه
لا مروة لمثله ولا يحترز عن الكذب عادة وقال في النهاية اطلاق الشرب على
اللهو في حق المشروب ليتناول جميع الاشربة المحرمة من الخمر والسكر وغيرهما
فان الادمان شرط في الخمر ايضا في حق سقوط العدالة وذكر في فتاوى قاضي
خان لا تقبل شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر لانه كبيرة ثم ذكر مثل ما ذكر

في الكافي وذكر في النهاية معزيا الى الذخيرة فلا تجوز شهادة مدمن الخمر ثم قال
شرط الادمان ولم يرد به الادمان في الشرب وانما اراد به الادمان في النية
يعني يشرب ومن نيته ان يشرب بعد ذلك اذا وجده ولا تجوز شهادة مدمن
السكر واراد به السكر بسائر الاشربة سوى الخمر لان المحرم في سائر الاشربة
السكر فشرط الادمان على السكر والمحرم في الخمر نفس الشرب فشرط الادمان
على الشرب وكذلك من يجلس مجالس الفجور والشرب لا تقبل شهادته وان لم
يشرب لانه تشبه بهم ولم يحترز ان يظهر عليه ما يظهر عليهم فلا يحترز عن شهادة
الزور قال ومن يلعب بالطنبور لانه من اللهو ويقال بالطنبور وهو ايضا
مثله ويورث الغفلة ايضا وقد قال عليه السلام ما انا من دد ولا الدد
مني ولان الغالب فيه انه يصعد الى السطوح ليطير طيره فينظر الى عورات
النساء وهو فسق ولو كان يمسك الحمام في بيته ليستأنس به لا ليطيرها فلا باس
به ولا يسقط عدالته بمثله لان امساك الحمام في البيوت مباح الا ترى
ان الناس يتخذون بروجا للحمامات من غير نكير الا اذا كانت تجر حمامات
اخر مملوكة لغيره فتفرخ في وكرها فيأكل ويبيع منه لانه ملك الغير
فلا يحل له ذلك ويسقط عدالته بذلك قال او يغني للناس لانه
يجمع الناس على لهو ولعب ولا يخلو عادة من ارتكاب كبيرة بالمجازفة
والكذب وقيده بكونه يغني للناس اي يسمعهم لانه لو كان لاسماع نفسه
حتى يزيل الوحشة عن نفسه من غير ان يسمع غيره لا باس به ولا يسقط
عدالته في الصحيح لما روي ان البراء بن مالك دخل عليه اخوه انس بن
مالك رضي الله عنه وهو يتغنى والبراء بن مالك كان من زهاد الصحابة رضي
الله عنه وان انشد شعرا فيه وعظ وحكمة فهو جائز بالاتفاق وان كان فيه
ذكر امراة معينة فان كانت ميتة او كان فيه ذكر امراة غير معينة فلا
باس به وان كانت معينة وهي حية يكره ومن المشايخ من اجاز الغناء في
العرس الا ترى انه لا باس بضرب الدف فيه اعلانا للنكاح وقد قال عليه
السلام اعلنوا النكاح ولو بالدف ومن مشايخنا من قال اذا كان يغني
ليستفيد به نظم القوافي ويصير به فصيح اللسان لا باس به ومن
المشايخ من كرهه مطلقا ومن الناس من اباحه مطلقا ومختار مشايخنا الصحيح
من الاقاويل بحمد الله تعالى قال او يرتكب ما يوجب الحد لانه من
الكبائر ومن يرتكبها لا يبالي بالكذب وكل من يرتكب الكبائر ترد شهادته
واختلفوا في الكبيرة قال اهل الحجاز واهل الحديث هي السبع المذكورة
في الحديث المشهورة وهي الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين

وقتل

وقتل النفس بغير حق ونهب المؤمن والزنا وشرب الخمر وزاد بعضهم
عليها اكل الربا واكل مال اليتيم بغير حق وقال بعضهم ما ثبتت حرمته
بدليل مقطوع به فهي كبيرة وقال بعضهم ما فيه حد وقتل فهو كبيرة
وقيل كل ما اصر عليه المرء فهو كبيرة وما استغفر عنه فهو صغيرة لقوله
عليه السلام لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار وقال
بعضهم كل ما كان عمدا فهو كبيرة والاوجه ما ذكره المتكلمون لان الكبيرة
والصغيرة اسمان اضافيان لا يعرفان بذاتهما وانما يعرفان بالاضافة
فكل ذنب اذا نسبته الى ما دونه فهو كبيرة واذا نسبته الى ما فوقه
فهو صغيرة وقال بعضهم كل معصية اوعد عليها في القران او في الحديث
المشهور يمنع قبول الشهادة لان شاهد الزور يتوعد عليه ممن يرتكب
مثله من الذنوب يرتكبه فيصلح دليلا على ارتكابه الكذب لان من
ارتكب شيئا من المحرمات ارتكب نظيره عادة وقيل اذا ارتكب ما يكون
شنيعا عادة فليس بعدل وقيل ما كان حراما لعينه فكبيرة والا فصغيرة
وقيل ما سمي في الشرع فاحشة فكبيرة قال او يدخل الحمام بغير
ازار لان كشف العورة حرام وقال عليه السلام لعن الله الناظر والمنظور
ورأى ابو حنيفة رجلا في الحمام بغير ازار فقال الا ايها الناس خافوا
الحكم ولا تدخلوا الحمام من غير مئزر وذكر الكرخي انه من يمشي في الطريق



بالسراويل وحده ليس عليه غيره لا تقبل شهادته لانه تارك للمروءة
قال او ياكل الربا لانه من الكبائر وشرط في الاصل ان يكون مشهورا
به وذلك بالادمان لانه لا يمكن التحرز عن العقود الفاسدة وهو
ربو بخلاف اكل مال اليتيم حيث لا يشترط فيه الادمان لان التحرز عنه
ممكن ولانه لم يدخل في ملكه وفي الربو يدخل فيشترط فيه الادمان
قال او يقامر بالنرد والشطرنج او تفوته الصلاة بسببهما لان كل
ذلك فسق وكذا اذا كان يكثر عليه الحلف كاذبا لان كل ذلك من الكبائر
وقالوا في النرد ترد شهادته بمجرد اللعب فيه من غير اشتراط القمار ولا
غيره لان نفس اللعب فيه فسق وقال عليه السلام ملعون من لعب بالنرد
ومن يكون ملعونا كيف يكون عدلا بخلاف الشطرنج لان للاجتهاد فيه
مساغا فلا ترد شهادته ما لم ينضم اليه احد المعاني الثلاثة التي ذكرناها
انفا قال او يبول او ياكل على الطريق او يظهر سب السلف يعني
الصالحين منهم وهم الصحابة والتابعون كابي حنيفة واصحابه لان هذه
الاشياء تدل على قصور عقله وقلة مروته ومن لم يمتنع عن مثلها لا يمتنع

عن الكذب عادة بخلاف ما اذا كان يخفى لسبب وكذا لا تقبل شهادة
من يأكل في السوق بين ايدي الناس لما ذكرنا وقال بعض المشايخ
لا تقبل شهادة اهل الحرف لكثرة الايمان الفاجرة منهم واكثرهم على انها
تقبل شهادة من عرف منهم بالعدالة ولا تقبل ممن يكثر شتم اهله
ولا من يشتم الناس **قال** وتقبل للاخ والعم وابويه رضاعا
وام امرأته وبنتها وزوج بنته وامرأة ابيه وابنه لان الاملاك
بينهم متميزة والايدي متحيزة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض فلا
يتحقق التهمة بخلاف شهادته لقرابته ولادا واحد الزوجين للآخر
على ما بينا **قال** واهل الاهواء الا الخطابية وقال الشافعي
لا تقبل شهادة اهل الاهواء لانهم فسقة اذ الفسق من حيث الاعتقاد
اغلظ من الفسق من حيث التعاطي ولا شهادة للفاسق ولنا ان الفاسق
انما ترد شهادته لتهمة الكذب والفسق من حيث الاعتقاد لا يدل
على ذلك بل ما اوقعه فيه الا تدينه الا ترى ان فيهم من يكفر بالذنب ومنهم
من يجعل منزلته بين الايمان والكفر فيكون هو اقوى اجتنابا عن
الكذب حذرا عن الخروج من الدين ولانه مسلم عدل لا يتعاطى الكذب
فوجب قبول شهادته قياسا على غير صاحب الهوى وهواه عن تاويل
وتدين فلا يبطل عدالته به لمن يستبيح المثلث ومتروك التسمية
واستدل محمد رحمه الله على قبول شهادته فقال رأينا ان اصحاب رسول
الله صلى الله عليه وسلم شاهدوا معاوية على مخالفة علي رضي الله عنه
ولو شهدوا بين يدي علي لكان يرد شهادتهم ومخالفة علي بعد عثمان
بدعة وهوى فكيف الخروج عليه بالسيف ولكن لما كان عن تاويل
وتدين لم يمنع قبول شهادته وشرط في الذخيرة لقبول شهادته ان يكون
هوى لا يكفر به صاحبه وفي النهاية ان اصول اهل الاهواء ستة
الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد
يصير اثني عشر فرقة والخطابية قوم من الروافض ينسبون الى ابي
الخطاب محمد بن وهب الاجدع يستجيزون ان يشهدوا لمدعي اذا حلف
عندهم انه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا فباعتقادهم هذا تمكنت
شبهة في شهادتهم فلعله اقدم على الشهادة بهذا الطريق وقيل انهم
يعتقدون ان من ادعى منهم شيئا على غيره يجب ان يشهد له بقية شيعته
وذكر الاقطع انهم قوم ينسبون الى ابي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله
عيسى بن موسى وصلبه بالكناسة كان يزعم ان علي بن ابي طالب الاله الاكبر

وجعفر

وجعفر الاله الاصغر **قال** والذمي على مثله وقال الشافعي ومالك لا تقبل
شهادة الذمي على الذمي مثله ولا على الحربي لانهم فسقة بين الله تعالى
فسقهم في آيات من القرآن وهو اغلظ من الفسق تعاطيا فكان اولى برد
شهادته ولان الله تعالى قال ممن ترضون من الشهداء والكافر غير مرضي
ولان شهادة المرتد ترد لما ان المرتد اثر الكفر فكيف تقبل شهادة من
به حقيقة الكفر ولان قبول شهادته تؤدي الى الزام الحاكم القضاء بشهادته
ولا يجوز ان يلزم المسلم بشهادة الكافر ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم
بالاجماع كي لا يلزمه شيء بسبب شهادة الكافر ولانهم لا يجتنبون الكذب
فان الله تعالى اخبر عنهم انهم ينكرون الآيات عنادا مع علمهم بانه حق
الله تعالى وجحدوا بها واستيقنتها انفسهم ظلما وعلوا فكان ذلك
كذبا منهم والكذاب لا تقبل شهادته فلم يكن اهلا لها كالمرتد ولانه ليس
باهل للشهادة على المسلم فكذا على الكافر كالعبد لان من كان اهلا لها
لا يختلف بين شخص وشخص وقال ابن ابي ليلى ان اتفقت مللهم تقبل شهادة
بعضهم على البعض وان اختلفت لا تقبل لقوله عليه السلام لا شهادة
لاهل ملة على اهل ملة اخرى الا المسلمون فان شهادتهم مقبولة على اهل
الملل كلهم ولنا ما روي انه عليه السلام رجم يهوديا بشهادة يهود
عليهما بالزنا وعزاه الى ابي موسى الاشعري وجابر بن عبد الله انه عليه السلام
اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض وعليه اجماع السلف وقوله
تعالى او آخران من غيركم اي من غير اهل دينكم وهو مبني على قوله تعالى يا ايها
الذين آمنوا وهذا نص على ان شهادة الكافر مقبولة في وصية المسلم وفي
وصية الكافر اولى ثم انتساخه في حق المسلم لاجل ان لا ولاية لهم على المسلمين
انتسخ لا يدل على انتساخه في حق الكافر لبقاء ولاية بعضهم على بعض
لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض والمراد به الولاية دون
الموالاة لانه معطوف على قوله ما لكم من ولايتهم من شيء فاذا بقيت ولاية
بعضهم على بعض بقيت الشهادة ايضا لانها نوع ولاية لما فيها من الزام الغير
فدل ذلك على ان الآية غير منسوخة في حقهم وكيف يقال ذلك وقد عمل بها
بعض الصحابة في حق المسلمين ايضا فان ابا موسى الاشعري رضي الله عنه
امضى شهادة الكافرين في وصية المسلم فيما رواه ابو داود والدارقطني
وقالت عائشة رضي الله عنها لجبير بن نفير هل تقرأ سورة المائدة قال نعم
قالت فانها آخر سورة انزلت فما وجدتم فيها من حلال فاحلوه وما وجدتم
فيها من حرام فحرموه رواه احمد وهذا يدل بذلك على انها ليست بمنسوخة

في حق المسلم ايضا والفسق من حيث الاعتقاد لا يمنع القبول لانه يمتنع عنه
محظور دينه اشد الامتناع والكذب محظور في الاديان كلها والرضى ثبت
في حق الكافر في حق المعاملات بصفة الامانة لان الله تعالى وصفهم بذلك
فقال ومن اهل الكتاب من ان تامنه بقنطار يؤده اليك فخرجت الاية مخرج
الوصف لهم بالامانة والامانة مرضية وان لم يكن الكافر مرضيا لكفره
ولما كان مؤتمنا في المعاملات كان مؤتمنا في الشهادة لانها من باب الامانة والفرق
بينه وبين العبد ان العبد ليس من اهل الولاية على احد كالصبي والشهادة
من باب الولاية والكافر اهل للولاية على جنسه فيكون اهلا للشهادة ايضا
على جنسه والقاضي لم يكن له القضا بقول الكافر وانما لزمه بالتقليد
عند قيام الحجة والقضا امانة عنده فيجب عليه اداؤه كما يلزمه النظر
لليتيم والصغار منهم ومن المسلمين من غير ان ينظر باي سبب وجب لهم
الحق وامتناعهم عن الكذب يشاهد والعناد والجحود الذي حكى الله تعالى
عنهم في حق من كان في ذلك الزمان مع علمهم لا يوجب ان يكون من في عصرنا منهم ان
يكون عالما بالحق بل الظاهر انه يعتقد الكفر حقا بجهله به ولو علم لاسلم
وقد كان في ذلك الزمان ايضا من لا يعلم الا ترى الى قوله تعالى ومنهم
اميون لا يعلمون الكتاب الا اماني وقال تعالى وان فريقا منهم ليكتمون
الحق وهم يعلمون وقوله من كان اهلا للشهادة لا يختلف بين شخص وشخص
قلنا انما اختلفت شهادته بين المسلم والكافر لما ذكرنا ومثل هذا غير
منكر شرعا الا ترى ان شهادة المسلم على عدوه لا تقبل وعلى غيره تقبل وكذا
شهادته لقرابته ولا ذا لا يقبل ولغيرهم تقبل فلا يبعد رد الشهادة
بالنسبة الى شخص للتهمة فكذا هذا والمرتد لا ولاية له على احد فلا
تقبل شهادته على احد كالعبد والصبي وملل الكفر كلها ملة واحدة فتقبل
شهادة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم لان بعضهم لبعض في حق بعض
فلا يؤدي الى التقول عليه قال والحربي على مثله لا على الذمي لانه
لا ولاية له على الذمي وله ولاية على الحربي والذمي اعلا حالا منه لانه
من اهل دارنا فجازت شهادته عليه ولا تجوز شهادة الحربي على الذمي
والحربي مثل الحربي فتجوز شهادة احدهما على الاخر الا اذا كانا من دارين
مختلفين كالترك والحبش لانقطاع الولاية بينهما ولهذا لا يتوارثان
والدار تختلف باختلاف المنعة والملك لانقطاع التناصر بينهما واستباحة
كل واحد منهما دم الاخر وماله قال ومن الم بصغيرة اذا اجتنب
الكبائر اي تقبل شهادة من عصى معصية صغيرة بشرط ان يجتنب الكبائر

واللمم

واللمم الصغيرة والمراد الذنب ما دون الفواحش وتقبل شهادته
اذا اجتنب الكبائر كلها وكانت حسناته اغلب من سيئاته وقد مضى ذكر
الكبائر والصغائر فبقي الكلام في العدالة والاصل ان العدالة شرط
لقبول الشهادة وهي الاستقامة يقال طريق عدل للجادة والاستقامة
بالاسلام واعتدال العقل ويعارض العقل هواه فيضله ويصده عن
الاستقامة وليس لكمال الاستقامة حد يدرك مداه ويكتفى لقبول
الشهادة بادناه كيلا يؤدي الى تضييع الحقوق وادناه رجحان جهة
الدين والعقل على الهوى والشهوة واختلفوا في ذلك فقيل من ارتكب
كبيرة او اصر على صغيرة سقطت عدالته وصار متهما بالكذب لظهور
رجحان الهوى على العقل واحسن ما قيل فيه ما نقل عن ابي يوسف ان
العدالة في الشهادة ان يكون مجتنبا عن الكبائر ولا يكون مصرا على
الصغائر ويكون صلاحه اكثر من فساده وصوابه اكثر من خطائه لان
الصغيرة تكون كبيرة بالاصرار عليها ولا يوثق بكلام من كثر منه الخطا
والفساد فلم يوجد ما يدل على الاجتناب عن الكذب والالمام من غير اصرار
لا يقدح في العدالة اذ لا يوجد من البشر من هو معصوم سوى الانبياء
عليهم السلام فيؤدي اشتراط العصمة الى سد باب الشهادة وهو
مفتوح بقوله تعالى وكذلك جعلناكم امة وسطا لتكونوا شهدا على
الناس اي عدولا وقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا
محدودا في قذف قال والاقلف لاطلاق النصوص من غير تقييد
بالختان ولانه لا يخل بالعدالة هذا اذا تركه لعذر به من كبر او خوف
هلاك وان تركه من غير عذر استخفافا بالدين لا تقبل شهادته لانه لم
يبق عدلا مع الاستخفاف بالدين وعن ابن عباس انه لا تقبل شهادته
وهو محمول على ما اذا تركه استخفافا بالسنة ولم يقدر ابو حنيفة للختان
وقتا معلوما لانه لم يرد فيه كتاب ولا سنة ولم ينقل فيه اجماع الصحابة
رضي الله عنهم وطريق معرفة المقادير بالسماع وليس للراي فيه مدخل وقدره
المتاخرون واختلفوا في وقته فقال بعضهم وقته من سبع سنين الى
عشر سنين وقال بعضهم اليوم السابع من ولادته او بعد السابع بعد ان
يكون الصبي محتملا ولا يهلك به لما روي ان الحسن والحسين رضي الله عنهما
ختنا في اليوم السابع او بعد السابع ولكنه شاذ وهو سنة للرجال
عندنا دون النسا وقال بعض العلما انه فرض ولنا قوله عليه السلام
الختان للرجال سنة ومكرمة للنسا قال الحلواني رحمه الله كان

الثنا عليهن في زمن اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وانما كان ذلك مكرمة
لانها تكون الذلة عند المواقعة قال والخصي وولد الزنا
والخنثى لتحقق العدالة منهم لان قطع العضو او زيادته او جناية
ابويه لا يوجب قدحا في العدالة وقبل عمر رضي الله عنه شهادة علقمة
الخصي والخنثى اما رجل او امراة فشهادة الجنسين مقبولة ثم هو ان
لم يكن مشكلا فلا اشكال فيه وان كان مشكلا فيجعل امراة في حق الشهادة
احتياطا حتى لا يجوز ان يشهد مع رجل ما لم تنضم اليه امراة ولا مع
النسا الا بالرجل معهن قال والعمال والمراد به عمال السلاطين
الذين ياخذون الحقوق الواجبة كالخراج والجزية والصدقات عند
عامة المشايخ وقيل هم الامرا وقيل الذين يعملون بايديهم ويواجرون انفسهم
واما ما كانوا تقبل شهادتهم لان نفس العمل ليس بفسق وبعض اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم بل اكثرهم كانوا عمالا لان العمل عبادة
وله الاجر على ذلك الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل اذا كان
العامل وجيها في الناس وذا مروة لا يجازف في كلامه فتقبل شهادته كما مر
عن ابي يوسف رحمه الله في الفاسق لانه لوجاهته لا يتجاسر احد على استئجاره
على الشهادة الكاذبة ولوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروة
وروي ان فضيل بن ربيع وزير الخليفة شهد عند ابي يوسف رحمه الله في
حادثة فرد شهادته فشكاه الى الخليفة فقال الخليفة ايها القاضي
ان وزيري رجل دين لا يشهد بالزور فلم رددت شهادته قال لاني سمعت
يوما قال للخليفة انا عبدك فان كان صادقا فلا شهادة للعبد وان
كان كاذبا فكذلك لانه اذا كان لا يبالي بالكذب في مجلسك فلا يبالي
بالكذب في مجلسي ايضا فعذره الخليفة فيه وفي الكافي هذا كان في زمانهم
لان الغالب عليهم الصلاح وفي زماننا لا تقبل شهادة العمال لغلبة
ظلمهم وذكر في النهاية معزيا الى الجامع الصغير للبزدوي الذي قام
بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط والعدل له كان ماجورا وان
كان اصله مرجحة باطلة ثم قال فعلى هذا ينبغي ان تقبل شهادة من قام
بالتوزيع ولو كان مجازفا وان كان المراد بالعمال اهل الحرف فقد
ذكرنا حكمهم فيما تقدم ومن باع الكفن قالوا لا تقبل شهادته لانه يتمنى
كثرة الموت بالطاعون وغيره وفي النهاية شهادة البخيل لا تقبل
فالظاهر انه اراد به من يبخل بالواجبات كالزكوة ونفقة الزوجات
والاقارب قال والمعتق لمعتقه اي تقبل شهادة المعتق للذي

اعتقه

اعتقه وكذا بالعكس لعدم التهمة وقد بينا ان قنبرا والحسن شهدا لعلي عند
شريح فقبل شهادة قنبر وهو كان عتيق علي رضي الله عنه قال
ولو شهدا ان اباهما اوصى اليه والوصي يدعي جاز وان انكر لا كما لو شهدا
ان اباهما وكله بقبض ديونه وادعى الوكيل او انكر يعني اذا مات رجل
وترك ابنين فادعيا ان اباهما اوصى الى رجل والرجل يدعي الوصية
جازت شهادتهما وان انكر الرجل الوصية لا تقبل شهادتهما كما لا تجوز
شهادتهما ان اباهما الغائب قد وكل هذا الرجل بقبض ديونه سوا
ادعى الرجل الوكالة او انكر والقياس ان لا تجوز الوصية ايضا وان ادعى
وكذا اذا شهد الموصى لهما او الغريمان لهما عليه دين او عليهما
له دين انه اوصى الى هذا الرجل تجوز هذه الشهادة استحسانا والقياس
ان لا تجوز لانها تجر منفعة الى الشاهد باقامة من يحفظ ماله او من يستوفي
منه او من يبرى ذمته بالتسليم اليه او من يعينه بالقيام على الوصية
والشهادة التي تجر منفعة لا تقبل رضا ونظير مسئلة الوكالة وجه
الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان الوصي طالبا
وكان الموت معروفا فيكتفي القاضي بهذه الشهادة مونة التعيين وزكاه
شهادتهما كان يتامل فيمن يعين وفيمن يصلح فيتعين من ثبت صلاحيته
نظرا للميت وان لم يوص لانه ينصب ناظرا فلم يثبت بهذه الشهادة شي لم يكن
له فعله ونظيرها القرعة فانها ليست موجبة شيا لم يكن له لولا القرعة
ومع هذا جاز استعمالها تطييبا للقلوب ونفيا للتهمة عن القاضي ولا
يقال اذا كان للميت وصيان لا يحتاج القاضي الى وصي ثالث فكيف يصح ما
قلتم لانا نقول اذا اقر الوصيان ان معهما ثالثا كان له ان يضم اليهما
ثالثا لعجزهما عن القيام بامور الميت باقرارهم ان معهما ثالثا بخلاف
ما اذا كان الوصي جاحدا لان القاضي لا يملك اجبار احد على قبول
الوصية وبخلاف ما اذا لم يكن الموت ظاهرا لانه حينيذ لا يملك القاضي
نصب الوصي الا بعد البينة فتصير الشهادة موجبة على القاضي فتبطل
لمعنى التهمة وموجرا لمنفعة الى الشاهد على ما بينا وبخلاف مسئلة الوكالة
وبين ما اذا اقام مدعيان البينة ان اباهما الغايب وكل فلانا بقبض
حقوقه حيث لا تقبل وان اقر الوكيل بذلك لان القاضي لا يملك
نصب الوكيل عن الغايب فلو ثبت لثبت بشهادتهما وهي غير موجبة
لاجل التهمة فبطلت وفي الكافي في الغريمين للميت عليهما دين تقبل شهادتهما
وان لم يكن الموت ظاهرا لانهما يقران على انفسهما بثبوت ولاية القبض

للمشهود له فانتفت التهمة وثبت موت رب الدين باقرارهما في حقهما وقيل معنى
القبول ان يأمر القاضي اياهما باداء ما عليهما اليه لا ان يبرأ عن الدين بعد
الاداء لان استيفاء الدين منهما حق عليهما فيقبل في حقه والبراءة حق لهما فلا يقبل
في حقهما قال ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح مجرد من غير ان يتضمن
ايجاب حق من حقوق الشرع او من حقوق العباد لان الفسق المجرد مما لا يدخل
تحت الحكم لان الفاسق يرفع فسقه بالتوبة ولعله قد تاب في مجلسه او قبله
فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتكا للستر واشاعة الفاحشة من غير ضرورة
وهو حرام وللضرورة جاز على ما يبين ولا يقال فيه ضرورة وهو منع الظالم
عن الظلم فينبغي ان يجوز لقوله عليه السلام انصر اخاك ظالما او مظلوما
لانا نقول لا ضرورة الى هذه الشهادة لتمكنه من الاخبار للقاضي سرا حتى ترد
شهادتهما فامكن الامتناع عن الظلم بذلك اما اذا كان الجرح غير مجرد بان
كان فيه اثبات حق الله تعالى كقولهم زنوا او شربوا الخمر او سرقوا او كان فيه
اثبات حق العبد كقولهم اخذوا المال او قتلوا النفس عمدا فتقبل شهادتهما
ضرورة احياء الحقوق وان كان فيه هتك لان المقصود منها ايجاب حق الله تعالى
وهو الحد او ايجاب حق العبد وهو مما يدخل تحت الحكم وفي ضمنه يثبت
الجرح وكذا اذا قال صالحت الشهود بكذا من المال على ان لا يشهدوا علي بهذا
الباطل وقد شهدوا علي به واقام على ذلك بينة وطلب استرداد المال
تقبل بينته وكذا اذا قال اعطيتهم المدعي من مالي الذي كان عنده حتى
يشهدوا له بالزور وطلب استرداده تقبل لان دعواه صحيحة لما فيه
من ايجاب رد المال على الشهود وهو مما يدخل تحت الحكم حتى لو قال صالحتهم
بكذا من المال على ان لا يشهدوا علي ولم ادفع لهم المال او قال استأجرهم المدعي
بكذا من المال على ان يشهدوا له لا تقبل لان الدعوى غير صحيحة اذ المدعى
مجرد جرح لانه لا يدعي قبله حقا يمكن القضاء به ودعوى الاستئجار وان
كانت صحيحة لكنه يدعيها لغيره وليس له ولاية الالزام على غيره فكان جرحا
مجردا ولو اقام البينة على اقرار المدعي ان الشهود فسقة تقبل بينته
لان اقراره لا حق له في المعنى وكذا اذا اقام البينة على اقراره انه
استأجر الشهود او على اقرار الشهود انهم لم يحضروا المجلس الذي كان فيه
الحق وكذا اذا اقام البينة ان الشهود عبيد او محدودون في قذف
لان في العبيد اثباتا لحق عليهم وهو الرق وفي غيره ليس فيه اشاعة
الفاحشة من عندهم وانما حكوا اظهار فاحشة من غيرهم وذكر في الكافي
انه لو اقام البينة على اقرار الشهود انهم شهدوا بالزور او على اقرارهم

انهم

انهم اجيروا في اداء هذه الشهادة او على اقرارهم ان المدعي مبطل في هذه
الدعوى او على اقرارهم انهم لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة
لم تقبل الشهادة وفيه اذا اقام البينة ان الشهود زناة او شربة
خمر لا تقبل ولو اقام البينة انهم زنوا ووصفوا الزنا او شربوا الخمر
او سرقوا مني كذا ولم يتقادم العهد تقبل شهادتهم فقيل بكونه غير متقادم
لانه لو كان متقادما لا تقبل لعدم اثبات الحق به لان الشهادة بحد متقادم
مردود ومما ذكره الخصاف من قوله ان الشهادة على الجرح المجرد مقبولة
تاويله اذا اقامها على اقرار المدعي بذلك او قبل التزكية وعلى هذا اما
ذكره في الكافي وغيره من ان الشهود لو شهدوا ان الشهود زناة او شربة
خمر لم تقبل واذا شهدوا انهم زنوا او شربوا الخمر او سرقوا تقبل يحمل الاول
على انه اذا كان متقادما والا فلا فرق بين قولهم زناة او زنوا الى اخره
قال ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي تقبل لو عدلا
اي احطأت بذكر زيادة كانت باطلة او بنسيان بعض ما كان يجب علي ذكره
لان الشاهد قد يبتلى بالغلط لمهابة مجلس القاضي فوضح العذر فتقبل
شهادته اذا تداركه في اوانه وهو عدل وان قال ذلك بعد ما قام عن
المجلس لا تقبل شهادته لجواز انه اغراه احد الخصمين بالرشوة ثم قيل القضاء
بجميع ما شهد به اولا حتى لو شهد بالف ثم قال غلطت في خمسمائة يقضى
بالف لان المشهود به اولا صار حقا للمدعي ووجب على القاضي القضاء به
فلا يبطل برجوعه وقيل يقضي بما بقي لان ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء
كحدوثه عند الشهادة واليه مال شمس الائمة السرخسي هذا اذا كان موضع
شبهة كما بينا اما اذا لم يكن موضع شبهة فلا باس باعادة الكلام مثل ان
يدع لفظ الشهادة او اسم المدعي او المدعى عليه او يترك الاشارة الى
احد الخصمين وما يجري مجراه وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا مأمونا
وعن ابي حنيفة وابي يوسف ان قوله يقبل في غير المجلس في الكل والاول
هو الظاهر وذكر في النهاية ان الشاهد اذا قال اوهمت في الزيادة
او في النقصان يقبل قوله اذا كان عدلا ولا تفاوت بين ان يكون قبل
القضاء او بعده رواه الحسن عن ابي حنيفة وبشر عن ابي يوسف وعلى هذا
لو وقع الغلط في ذكر بعض حدود العقار او في بعض النسب ثم تذكر ذلك
تقبل لانه قد يبتلى به في مجلس القضاء فذكره ذلك للقاضي دليل على
صدقه واحتياطه في الامور

باب الاختلاف في الشهادة

قال رحمه الله الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت

والا فلا لان تقدم الدعوى في حق العبد شرط لقبول الشهادة لان القاضي انما
نصب لفصل الخصومات بين الخصوم وفصله مفتقر الى سبق احد السببين
بعد الدعوى اما الشهادة او اليمين وقد وجد تقدم الدعوى فيما اذا وافقت
الشهادة الدعوى فامكن القضاء بالشهادة ولم يوجد فيما اذا خالفتها فلم
يمكن القضاء بها وهذا لان الشهادة لاجل تصديق الدعوى فاذا خالفتها
فقد كذبتها والدعوى الكاذبة لا تعتبر وجودها فانعدم الشرط وهو تقدم
الدعوى فلا يحكم بها بخلاف حقوق الله تعالى لان الدعوى فيها ليس بشرط
لان اقامة حقوق الله تعالى واجبة على كل احد وكان كل احد خصما في اثباته
فصار كان الدعوى موجودة ولانه تعالى لما امرنا باقامتها كان طالبا لها
فلم يبق الا اقامتها ومن حقوق العباد لا بد من طلبها بالدعوى او لا يعرف
القاضي حقوقهم ولا يجبرهم على استيفائها **قال** ادعى ذا ارثا او شرا
فشهدا بملك مطلق لغت اي لا تقبل بينته لانهما شهدا باكثر مما ادعاه المدعي
لانه ادعى ملكا حادثا وهما شهدا بملك قديم وهما مختلفان فان الملك في
المطلق يثبت من الاصل حتى يستحق المدعي بزوائده ولا كذلك في الملك
الحادث ويرجع الباعة بعضهم الى بعض فيه فصارا غيرين والتوفيق متعذر
لان الحادث لا يتصور ان يصير قديما ولا القديم حادثا فلا تقبل الشهادة
قال وبعكسه الى لا بعكس ما مضى وهو ما اذا ادعى ملكا مطلقا فشهدا
بملك بسبب معين لا تكون لغوا بل تقبل الشهادة لانهم شهدوا باقل مما
ادعى وذلك لا يمنع قبول الشهادة **قال** ويعتبر اتفاق الشاهدين
لفظا ومعنى لان القضاء لا يجوز الا بحجة وهي شهادة المثنى فما لم يتفقا
فيما شهدا به لا تثبت الحجة مطلقا والموافقة المطلقة باللفظ والمعنى
وهذا عند ابي حنيفة وقالا الاتفاق في المعنى هو المعتبر لا غير والمراد
بالاتفاق في اللفظ تطابق اللفظين على افادة المعنى بطريق الوضع لا
بطريق التضمن حتى لو ادعى رجل مائة درهم فشهد شاهد بدرهم واخر بدرهمين
واخر بثلاثة واخر باربعة واخر بخمسة لم تقبل عند ابي حنيفة لعدم الموافقة
لفظا وعندهما يقضى باربعة وكذا ان شهد احدهما بالف والاخر بالفين
لم تقبل عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين
وعلى هذا الخلاف المائة والمائتان والطلقة والطلقتان او الثلاث
لهما انهما اتفقا على الاقل وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اتفقا عليه
لوجود الحجة دون ما تفرد به احدهما لعدمها وذلك ليس باختلاف الا ترى
ان المدعي لو ادعى الاكثر وشهدا بالاقل تقبل ولو كان اختلافا لما قبلت

لان من شرط القبول ان توافق البينة الدعوى فصار كما اذا شهد احدهما
بالف والاخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الالف وخمسمائة بخلاف ما اذا
ادعى الاقل حيث لا يثبت شيء لان المدعي كذب من يشهد بالزيادة وشهادة
الفرد لا يثبت الحق ولابي حنيفة ان اختلاف اللفظ يدل على اختلاف
المعنى لان لفظ الواحد غير لفظ الاثنين ولفظ الالف غير لفظ الالفين
ولهذا لا يراد باحدهما الاخر ولم يثبت واحد من اللفظين لانه لم يشهد
على كل واحد منهما الا واحد ولا يقال ان الالف موجود في الالفين لانا نقول
نعم موجود فيه اذا ثبت الالفان يثبت الالف ضمنا فاذا لم يثبت المتضمن
لا يثبت المتضمَّن الا ترى انه لو شهد احدهما انه قال لامرأته انت خلية
وشهد الاخر انه قال برية لا يقع شيء وان اتفق اللفظان في المعنى لعدم
ثبوت واحد منهما فعلم بذلك ان اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى شرط
القبول بخلاف الدعوى والبينة حيث لا يشترط اتفاقهما في اللفظ الا ترى
ان المدعي لو ادعى الغصب او القتل فشهدا باقرار المدعى عليه بذلك يقبل
ولو شهد احدهما بالغصب او القتل والاخر بالاقرار به لا يقبل وبخلاف
الالف وخمسمائة لان الشاهدين اتفقا على الالف لفظا ومعنى وتفرد
احدهما بالزيادة على سبيل العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فيثبت
ما اتفقا عليه ونظيره الطلقة والطلقة ونصف والمائة والمائة
والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر حيث لا يقبل لانه مركب كالالفين
اذ ليس بينهما حرف العطف ولو لم يدع المدعي الاكثر فشهادة من شهد بالاكثر
باطلة لانه كذبه المدعي بالزيادة الا ان يوفق فيقول اصل حقي كان كما
قال الا اني استوفيت الزائد او ابرأته عنه فحينئذ تقبل في الاقل لظهور
التوفيق في البناية ان كانت المخالفة بينهما في اللفظ دون المعنى
تقبل شهادتهما وذلك نحو ان شهد احدهما على الهبة والاخر على العطية
وهذا لان اللفظ ليس بمقصود في الشهادة بل المقصود ما تضمنه
اللفظ وهو ما صار اللفظ علما عليه فاذا وجدت الموافقة في ذلك
لا تضر المخالفة فيما سواها هكذا ذكره ولم يحك خلافا فيه وكذا اذا
شهد احدهما بالنكاح والاخر بالتزويج تقبل شهادتهما ذكره في المحيط
ولم يحك فيه خلافا **قال** فان شهد احدهما بالف والاخر بالفين
لم تقبل وهذا عند ابي حنيفة وعندهما تقبل بناء على ان المعتبر الاتفاق
في اللفظ والمعنى عنده وعندهما في المعنى لا غير وقد بينا الوجه من الجانبين
والذي يبطل مذهبهما ان الشاهدين لو شهد احدهما بتطليقة وشهد الاخر ان

بثلاث تطليقات وفرق القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف
الصداق على شاهدي الثلاث دون شاهدي الواحدة ولو كان كما قالا لان
الواحدة توجد في الثلاث لكان الضمان عليهم جميعا ولا يلزمنا اذا قال
لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة حيث يقع واحدة لان ذلك لكون
الثلاث صادرة في يدها فلها ان توقع كلها او بعضها ولا يلزمنا اذا طلقها
الزوج الفاحش يقع الثلاث لانه يتصرف عن ملك فله ان يوقع اي عدد شاء
الا انه لا ينفذ الا بقدر المحل قال وان شهد الاخر بالف وخمسمائة
والمدعي يدعي ذلك قبلت على الالف يعني فيما اذا شهد احدهما بالالف وشهد
الاخر بالف وخمسمائة تقبل شهادتهما بالف اذا كان المدعي يدعي الالف
وخمسمائة لاتفاقهما بالالف وتفرد احدهما بخمسمائة بخلاف ما اذا كان يدعي
الالف فقط حيث لا تقبل شهادتهما لان المدعي كذب من شهد بالزيادة على
ما بينا من قبل وهذا كله فيما اذا ادعى دينا واما اذا ادعى العقد فلا
تقبل الشهادة على ما يجيء من بعد قال ولو شهد بالف وقال احدهما
قضاه منها خمسمائة تقبل بالالف ولم يسمع قوله انه قضاه الا ان يشهد معه
اخر لانهما اتفقا على وجوب الالف فتقبل وانفرد احدهما بقضاء النصف
فلا يقبل لعدم كمال النصاب ولا يكون بقوله قضاه خمسمائة مناقضا لشهادته
بالالف لان قضاء الدين طريقه المقاصة معناه ان الدائن يجب عليه ما قبض
فلا ينافي بقاء دينه فلا يكون كاذبا ولا يقال ان المدعي كذب شاهده بالقضاء
فينبغي ان لا يقبل كما اذا شهد بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الالف لانا نقول
لم يكذبه فيما شهد له انما كذبه فيما شهد عليه وذلك لا يقدح كما اذا شهد
له اثنان بحق ثم شهدا عليه بحق لانسان اخر فان شهادتهما له لا تبطل
وان كذبهما فكذا هذا بخلاف ما استشهد به لان التكذيب فيه فيما شهد
له فيكون قادحا وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسمائة فقط لان مضمون
شهادة شاهد القضاء ان لا دين الا خمسمائة في المعنى وهو المعتبر عنده
على ما مر وينبغي ان يكون قول محمد كذلك لان مذهبه في اعتبار المعنى مذهب
ابي يوسف لكنه خالفه لانه لم يشهد بخمسمائة ابتداء بل اتفق الشاهدان
على وجوب الالف عليه للمدعي ثم انفرد الاخر بالقضاء فلا يسمع قال
وينبغي ان لا يشهد حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كي لا يصير معينا على الظلم
قال ولو شهدا بقرض الف وشهد احدهما انه قضاه جازت الشهادة
على القرض لتمام الحجة على القرض وعدمها في القضاء وذكر الطحاوي عن بعض
اصحابنا انه لا يقضي بها القاضي وهو قول زفر لان في زعم احد الشاهدين

انه لا شيء له عليه من المال ولو قضى بالكل كان قضاء بشهادة الواحد وهو غير جائز
ولان المدعي كذب شاهد القضاء والاشبه ان يكون هذا قول ابي يوسف
على ما ذكرنا في المسألة الاولى فرق بين المسألتين الا من حيث ان احد الشاهدين
شهد بقضاء كل الدين في هذه وفي الاولى بقضاء البعض والجواب ما ذكرنا في
الاولى واذا اختلف الشاهدان في الزمان او المكان في البيع والشراء
والطلاق والعتق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة
والكفالة والحوالة والقذف تقبل واذا اختلفا في الجناية والغصب
والقتل والنكاح لا تقبل والاصل ان المشهود به ان كان قولا كالبيع ونحوه
فاختلاف الشاهدين فيه في المكان او الزمان لا يمنع قبول الشهادة لان
القول مما يعاد ويكرر وان كان المشهود به فعلا كالغصب او قولا لكن
الفعل فيه شرط صحته كالنكاح فانه قول وحضور الشاهدين فعل وهو شرط
فاختلافهما في الزمان او المكان يمنع القبول لان الفعل في زمان او مكان
غير الفعل في زمان او مكان اخر فاختلف المشهود به ثم قال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله اذا اختلف شاهدا القذف في زمانه او مكانه لا تقبل وان كان
قولا لان كل واحد منهما ان كان انشاء فهما غيران وليس على كل قذف شاهدان
وان كان احدهما انشاء والاخر اخبارا فانهما لا يتفقان لان الانشاء ان يقول
زنيت او انت زان والاخبار ان يقول قد قذفتك بالزنا وابو حنيفة رحمه الله
يقول يحتمل ان يكون احدهما سمع الانشاء والاخر سمع الاقرار به وثبت
عنده قذفه فيما شهدا به قال ولو شهدا انه قتل زيدا يوم النحر
بمكة واخران انه قتله بمصر ردتا يعني طائفتين كل واحدة منهما نصاب
الشهادة اجتمعا عند الحاكم وشهدا على نحو ما ذكره ترد الطائفتان لان
احداهما كاذبة بيقين وليست احداهما باولى بالقبول من الاخرى وهذا
لان القتل من باب الفعل والفعل الواحد لا يتكرر لان الاول حركات الزمن
لكونه عرضا لا يبقى زمانين والثاني حركات اخر غير الاول يخلقه الله تعالى
في ذلك المحل ولا يمكن ان يجعل الثاني اخبارا عن الاول حتى يصير تكرار
الاول واعادته لان الاخبار عن الفعل بالفعل لا يتصور فكان غيره
حقيقة وحكما بخلاف القول لان القول يحكى بالقول فيكون الثاني
غير الاول حكما وكذا لو اختلفا في الزمان او الالة التي وقع بها القتل
لا يقبل لما بينا قال فان قضى باحديهما اولا بطلت الاخرى يعني
لو قضى القاضي بوجوب القصاص بشهادة الطائفة الاولى ثم شهدت الاخرى
لا تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا ينقض بالثانية وهذا

لان الحاكم بانه قبل تلك الشهادة حكم بانه لم يقبل في غيرها اذ فعل شخص واحد في
مكانين لا يتصور قضاء ونظيرها لو كان مع رجل ثوبان احدهما نجس فتحرى وصلى
في احدهما ثم وقع تحريه على طهارة الاخر لا يجوز له الصلاة فيه لان الاول
اتصل بحكم الشرع فلا ينتقض بوقوع التحري في الاخر **قال** ولو شهدا بسرقة
بقرة واختلفا في لونها قطع بخلاف الذكورة والانوثة والغصب يعني لو
شهد شاهدان على سرقة بقرة واختلفا في لون البقرة بان قال احدهما سرق
بقرة بيضاء وقال الاخر بقرة سوداء تقبل شهادتهما وتقطع يده بخلاف ما اذا قال
احدهما ذكرا وقال الاخر انثى او اختلفا في لون البقرة في الغصب حيث
لا تقبل شهادتهما فيهما وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله لا
تقبل شهادتهما في السرقة ايضا لان البقرة البيضاء غير السوداء فكانا
سرقتين مختلفتين ولم يتم على واحد منهما نصاب الشهادة فلم يثبت وصار
كاختلافهما في الذكورة والانوثة وكاختلافهما في اللون في الغصب بل
اولى لان الثابت بالغصب ضمان لا يسقط بالشبهات والثابت بالسرقة
حد يسقط بها فصار نظير اختلافهما في قيمتها وله انهما اختلفا فيما لم
يكلفا نقله لان القطع لا يضاف الى اثبات وصف فصار كاختلافهما في ثياب
السارق الا ترى انهما لو سكتا عن بيان اللون جازت شهادتهما بخلاف بيان
القيمة لان ذلك من نفس الشهادة حتى يعلم انها تبلغ نصابا ولان التوفيق
ممكن لان السرقة تكون في الليالي غالبا وتكون التحمل فيها من بعيد
فيشتبه عليهما اللونان او يجتمعان في بقرة واحدة بان كان احد جانبيها
ابيض والجانب الاخر اسود فيشهد كل بما راى او بما وقع عنده بخلاف وصف
الذكورة والانوثة لانهما لا يجتمعان في بقرة واحدة وكذا الوقوف على تلك
الصفة تكون بالقرب فلا يشتبه فيكونان سرقتين مختلفتين فلم يتم
في كل واحد منهما نصاب الشهادة وبخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار
لان الغصب يقع بالنهار وهو يقرب منه غالبا فلا يشتبه عليه الحال فيكون
الشهادة عن تحقيق وتامل يمكنه من ذلك فلا يشتبه عليه فان قيل
في التوفيق احتيال لايجاب الحد وهو يحتال للدرء لا للايجاب قلنا القطع
لا يضاف الى اثبات الوصف لانهما لم يكلفا نقله على ما بينا ومما يوجب
الدرء يكون في نفس الموجب لا في غيره فان قيل على هذا تكون البقرة المسروقة
بلقاء والشهود بسرقتها اما بيضاء او سوداء او لم يقل واحد منهما انها بلقاء
فتكون غيرها ضرورة قلنا نعم ولكن ذلك في حق من يعرف اللونين اما في
حق من لا يعرف الا احدهما يقع عنده على ذلك اللون فسماها بيضاء او سوداء

بنا

بنا على ما شاهد من مواضعها وهذا الخلاف فيما اذا كان المدعي يدعي نوعا
مطلقا من غير تقييد بوصف واما اذا ادعى سرقة بقرة سوداء او بيضاء
لا تقبل شهادتهما بالاجماع لان المدعي كذب احدهما وقيل هذا في لونين
متشابهين كالسواد والحمرة واما في لونين من غير متشابهين كالسواد
والبياض لا تقبل الشهادة والاصح ان الكل على الخلاف ذكره في المبسوط
وعلى هذا الخلاف فيما اذا اختلفا في ثوب بان قال احدهما مروي وقال
الاخر هروي وان اختلفا في الزمان او المكان لم تقبل الشهادة وقد
بيناه من قبل **قال** ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف وشهد
اخر بالف وخمسمائة بطلت الشهادة لان المقصود اثبات السبب وهو
العقد فالبيع بالف غير البيع بالف وخمسمائة فاختلف المشهود به لاختلاف
الثمن فلم يتم النصاب على واحد منهما ولان المدعي يكذب احد شاهديه
وكذا اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين ان يكون المدعى اقل المالين
او اكثرهما لما بينا ان المقصود اثبات السبب على منزلة الاصل والحكم يثبت
تبعا لثبوته وان كان الحكم هو المقصود وحقيقته في الانتفاع والسبب
وسيلة اليه لكن مقصوده وهو الحكم لا يحصل الا به فكان في اثباته اثبات
الحكم اذ لا يمكن اثبات الحكم الا بسبب معين وذكر علاء الدين السمرقندي
رحمه الله ان الشهادة تقبل لان التوفيق ممكن لان الشراء الواحد قد يكون
بالف ثم يصير بالف وخمسمائة بان يشتريه بالف ثم يزيد عليه خمسمائة فقد
اتفقا على شراء واحد ولو اختلفا في الجنس بان شهد احدهما انه اشتراه
بالف درهم وشهد الاخر انه اشتراه بمائة دينار بطلت لعدم امكان التوفيق
لان الشراء الواحد لا يتصور ان يكون بالف درهم ثم يصير بمائة دينار
قال وكذا الكتابة والخلع اي اذا اختلفا في مقدار البدل
فيهما لا تقبل شهادتهما لما ذكرنا ان المقصود اثبات السبب وهذا اذا كان
المدعي هو العبد ظاهر لانه يدعي السبب لتحصيل مقصوده وهو العتق
بالاداء فصار نظير الشراء وان كان المدعي هو المولى فكذلك لان العتق
لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وهذا لان البدل في
ابتداء العقد مقابل بفك الحجر ثم ينتقل عند اداء المال فيصير مقابلا
بالعتق فقبل الاداء بمنزلة الاجارة فكان مقصوده اثبات العقد وقيل
ان كان المدعي هو المولى لا تقبل بينته لان العقد غير لازم في حق العبد
لتمكنه من الفسخ بالتعجيز والمراد بالخلع اذا كانت المراة هي المدعية
للخلع لان مقصودها اثبات السبب دون المال فلا يثبت مع اختلافهما

فيه قضاء وتنظيرا لبيع بخلاف دعوى الدين لان المقصود فيه المال دون السبب
فيثبت قدر ما اتفقا عليه دون ما تفرد به احدهما واذا كان المدعي هو الزوج
يقع الطلاق باقراره فيكون بمنزلة دعوى الدين فيثبت اقلهما وهو الذي
اتفقا عليه لتمام نصاب الشهادة فيه وكذا الصلح عن دم العمد والعتق
على مال فان كان المدعي هو العبد او القاتل لا تقبل شهادتهما لان مقصود
العبد والقاتل العقد دون المال فلا يثبت لما ذكرنا من الاختلاف فيه
وان كان المدعي هو الولي يثبت العفو والعتق باقرارهما فيكون دعوى
الدين فتقبل شهادتهما فيما اتفقا عليه على نحو ما ذكرنا في الخلع وفي الرهن
ان كان المدعي هو المرتهن فهو كدعوى الدين يثبت اقلهما لما ذكرنا وان كان
المدعي هو الراهن فلا تقبل الشهادة لانه ليس له ان يلزمه الرهن اذ الرهن
غير لازم في حق المرتهن وله ان يفسخه اي وقت شا فلا فائدة في اقامة
البينة ولانه حق عليه او لا انسان لا يقيم البينة على حق غيره وانما يقيمها
على حق له وصورة دعوى الرهن ان يدعي انه رهنه الفا وخمسمائة وادعى
انه قبضه ثم اخذه الراهن فطلب الاسترداد منه فاقام بينة فشهد احدهما
بالف والاخر بالف وخمسمائة يثبت اقلهما وفي الاجارة ان كان قبل استيفا
المعقود عليه وهو المنافع فهي نظير البيع فلا تقبل شهادتهما لما ذكرنا في البيع
وان كان بعد مضي المدة فهي كالدين يثبت ما اتفقا عليه ان كان المدعي يدعي
الاكثر وان كان يدعي الاقل لا تقبل شهادة من شهد بالاكثر لانه كذبه المدعي
وكذا في جميع هذه الصور كما بينا في الدين **قال** فاما النكاح فيصح بالف
يعني باقل المالين وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله سوا كان الدعوى من
الزوج او من المراة وسوا ادعى الاقل او الاكثر وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
تبطل الشهادة ولا يقضى بشي لان المقصود من الجانبين اثبات السبب النكاح
بالف غير النكاح بالف وخمسمائة فتبطل الشهادة كما في البيع سوا كان الزوج
هو المدعي او المراة هي المدعية لامتناع ثبوت النكاح باقرار احدهما بخلاف
العتق على مال والخلع والعفو عن دم العمد حيث يكون دعوى الدين اذا كان
المدعي هو الزوج والمولى لانه باقراره يسقط القصاص ويقع الطلاق
والعتق فبقي دعوى المال المجرد عن السبب ولابي حنيفة ان التسمية في النكاح
كالوصف عند العقد يصح بعده فانه لو تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم سمى لها مهرا
صحت التسمية ولصحة التسمية لا يحتاج الى انشا العقد وانما يحتاج الى
قيامه وقيامه تارة يكون حالة الابتدا وتارة يكون حالة البقا فلم يلزم
من اختلاف التسميتين اختلاف العقد لان التسمية وجدت في حالة البقا

ولا

ولا يتصور وجود العقد في حالة البقا او البينة على التسمية في حال يستحيل
العقد لا يكون بينة على العقد بل على التسمية المجردة فكان الثابت بشهادتهما
المال حال بقا النكاح فيثبت ما اتفقا عليه كالدين وحاصل القضية ان
شهادتهما لم تقم الا على المال حال بقا النكاح فيثبت بها التسمية وبقا
النكاح لا غير لان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج
والملك ومن حكم التبع ان لا يغير الاصل ولهذا لا يبطل بنفيه ولا يفسد
بفساده فكذا لا يختلف باختلافه فبقي العقد ثابتا عن الاختلاف فلزم
ما وقع فيه الاختلاف وهو المال يقضى باقلهما كما في الدين وقيل الخلاف
فيما اذا كانت المراة هي المدعية فجعل ابو حنيفة مقصودها المال فيخرجه
على ما بيناه وهما جعلا مقصودها العقد لما سنا لها واما اذا كان المدعي
هو الزوج فمقصوده العقد لا المال فلا تقبل بينته بالاجماع لان العقد
بالالف غير العقد بالف وخمسمائة على ما بينا والاول هو الاصح وقد بينا وجهه
وهو استحسان ويستوي فيه دعوى اقل المالين واكثرهما في الصحيح لانهما اتفقا
في الاصل وهو العقد والاختلاف في التبع لا يوجب خللا فيه لكنه لا بد
من وجوب المال فيجب الاقل لاتفاقهما عليه ولا تكون دعوى الاقل تكذيبا
للشاهد لجواز ان الاقل هو المسمى ثم صار اكثر بالزيادة **قال** ومن ملك
المورث لم يقض لوارثه بلا جر الا ان يشهدا بملكه او يده او يد مستعيره وقت
الموت يعني اذا اثبت شي انه ملك المورث بان ادعى الوارث عينا في يد انسان
انها ميراث ابيه واقام شاهدين فشهدا ان هذه كانت لابيه لا يقضى له حتى يجرا
الميراث فيقولا مات وتركها ميراثا له او يقولا كانت لابيه يوم موته او كانت
في يده او في يد من يقوم مقامه من المستعير وغيره والاصل فيه ان الجر شرط
وهو ان يقول الشاهد مات وتركها ميراثا له ولكن اذا اثبت ملكه او يده عند
الموت كان جرا لانه اثبت ملكه او الانتقال الى الوارث فيثبت الانتقال ضرورة
وهو على ما بيناه وان كانت يد امانة فكذلك الحكم لان الايدي في الامانات
عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذا مات مجهلا للتركة والحفظ
به والمضمون يملكه الضامن على ما عرف فيكون اثبات اليد في ذلك الوقت
اثباتا للملك واثبات يد من يقوم مقامه كالمودع والمستعير والمستاجر
والمرتهن والغاصب وغيرهم اثبات ليده فيغني اثبات الملك وقت الموت عن
ذكر الجر فاكتفي به عنه هذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
رحمه الله الجر ليس بشرط بل اذا اثبت الوارث ان العين كانت للمورث يكفي لان
ملك الميت قد ثبت بقول الشهود كانت له وملك الوارث خلافه عنه ولهذا

يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا فيما اشتراه المورث فيكون ملك الوارث
عين ملك المورث مستمرا إلى هذا الوقت لا ملكا آخر غيره كما في الحي إذا أثبت أنها
كانت له يحكم له بها ولا يكلف إقامة البينة على أن ملكه ثابت في هذا الوقت
وكما إذا ادعى عينا في يد إنسان أنه اشتراها من فلان غير ذي اليد وأقام
البينة على الشراء منه فأنكره ذو اليد أنها ملك البائع وأقام المشتري البينة
أنها كانت للبائع وقت البيع وهذا لأن ما ثبت يبقى إلى أن يوجد المزيل
لاستغنائه في البقاء عن دليل ولهما أن ملك الوارث متجدد حتى ثبت له بعد أن لم يكن
ثابتا ألا ترى أنه يثبت في حقه أحكام لم تكن ثابتة في حق المورث كاستبراء
الجارية وحل وطئها لو كانت حراما على المورث أو بالعكس ولهذا يحل للوارث
الغني أكل صدقة ورثها من الفقير ولولا تجدد الملك لما حل له فإذا كان متجددا
فلا بد من إثبات النقل إليه وذلك بما ذكرنا من الجر بإثبات ملك الميت قبل
الموت لأن بقاء ملكه إلى الموت يثبت باستصحاب الحال وهو حجة لإبقاء ما كان
على ما كان لا لإثبات ما لم يكن وحاجتنا إليه لأن ما يكون للوارث لم يكن ثابتا
قبل موت المورث وكان متجددا من وراثة فلا يثبت باستصحاب الحال ألا ترى
أن الشفيع لا يستحق الشفعة بظاهر يده في الدار المشفوع بها وإن كان يدفع
دعوى غيره به لما ذكرنا بخلاف ما إذا أثبت الحي أنها كانت له حيث يحكم له بها
لأنا اعتبرنا فيه استصحاب الحال لبقاء ما كان على ما كان وهو حجة فيه على ما
بينا وبخلاف ما إذا أقام البينة أنه اشتراها من فلان حيث لا يكلف إقامة
البينة إلى استصحاب الحال ببقاء ملك البائع لأن الشراء سبب موضوع للملك
حتى لا يتحقق بدون إثبات الملك فيكون ثابتا بالشراء وأما في الموت فثبوت
الملك للوارث يضاف إلى كون المال ملك المورث وقت الموت لا إلى الموت
لأن الموت ليس بسبب موضوع للملك بل موضوع لإبطاله فلم من ثبوت التعلق له
فيه لإيجاب الملك لأحد ألا ترى أن الوارث لو علق العتق بموت مورثه بأن قال
إذا مات سيدك فأنت حر لا يصح ولو كان سبب الملك لصح كما إذا قال لعبد الغير
إن اشتريتك فأنت حر قال ولو شهدا بيد حي منذ شهر ردت أي إذا
شهد شاهدان أن هذا العين كانت في يد فلان منذ شهر وهو حي ردت الشهادة
وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وعن أبي يوسف أنها تقبل لأن اليد مقصودة
كالملك فوجب أن تقبل كما إذا شهدا أنها كانت ملكه منذ شهر وهذا لأن
الملك متى ثبت يبقى إلى أن يوجد ما يزيله فكذا اليد وصار كما إذا شهدا بالأخذ
من المدعي أو بالإقرار منه باليد له ولهما أن الشهادة قامت بمجهول لأن اليد
منقضية وهي متنوعة إلى ملك وأمانة وضمان فلا يمكن القضاء بالمجهول

بخلاف الملك لأنه معلوم غير متنوع وبخلاف الأخذ لأنه معلوم أيضا وحكمه
معلوم وهو وجوب الرد لقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترد
وكذا الإقرار باليد معلوم على ما يجيء ولأن يد صاحب اليد معاين ويد المدعي
مشهود به فلا يعارض المتحقق لأن العيان يوجب العلم والشهادة توجب
غلبة الظن فكان أكثر إثباتا قال ولو أقر المدعى عليه بذلك أو شهد
شاهدان أنه أقر أنه كان في يد المدعي دفع إلى المدعي أي أقر المدعى عليه
باليد للمدعي أو شهد شاهدان بأنه أقر باليد للمدعي منذ شهر دفع ذلك إلى
المدعي لأن الإقرار معلوم فتصح الشهادة به وجهالة المقر به لا يمنع صحة
الإقرار ألا ترى أنه لو قال لفلان علي شيء صح ويجب عليه البيان ولا تصح
الشهادة به والله أعلم

باب الشهادة على الشهادة

قال رحمه الله تقبل فيما لا يسقط بالشبهة إن شهد رجلان على شهادة
شاهدين أي يجوز الشهادة على الشهادة بشرط أن يشهد شاهدان على شهادة
كل واحد من الأصليين وهذا استحسان والقياس لا يجوز لأن الشهادة عبادة
بدنية وجبت على شاهد الأصل وليست بحق المشهود له بدليل أنه لا يجوز
الخصومة فيها والإجبار عليها والنيابة لا تجري في العبادة البدنية ولأن
فيها زيادة احتمال لأن الاحتمال فيها في موضعين في الأصول وفي الفروع
وفيه شبهة من حيث البدلية ولهذا لا يصار إلى الفروع إلا عند العجز عن الأصول
وجه الاستحسان أن الحاجة ماسة إليها إذ شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة
لموت أو مرض أو بعد مسافة فلو لم تجز الشهادة على الشهادة أدى إلى إتواء
الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على شهادة الفروع وعلى شهادة فروع
الفروع إلى غير نهاية فصار ككتاب القاضي إلى القاضي وقوله فيما لا يسقط
بالشبهة احتراز عن الحدود والقصاص لأنهما يسقطان بالشبهة وفيها شبهة
على ما ذكرنا فلا يثبتان بها كما لا يثبتان بشهادة النساء لما فيها من شبهة
البدلية بل أولى لأن في الشهادة على الشهادة حقيقة البدلية ويدخل
تحته جميع الحقوق وذكر الناطفي أنها لا تجوز في الوقف والصحيح أنها تجوز
فيه إحياء له وصونا عن اندراسه وقوله إن شهد رجلان على شهادة شاهدين
يعني أن يشهد على كل واحد من الشاهدين رجلين لأن كل واحد من الشهادتين
قضية من القضايا فلا بد من تمام النصاب على كل واحد منهما ليثبت عند
الحاكم ولا يشترط تغاير الفروع حتى لو شهد أحدهما على شهادة رجلين
وأشهد معه الآخر بعينهما جاز وقال الشافعي لا يجوز حتى يشهد كل واحد منهما
رجلين غير الذي أشهد معه صاحبه لأن كل شاهدين قائمان مقام أصل واحد

فلا تتم حجة للقضاء بهما كالمرأتين لما قامتا مقام رجل لا تتم الحجة بشهادتهما
ولأن الفرع لما تحمل الشهادة صار شاهداً وليس للشاهد أن يشهد على
تلك الشهادة على غيره ألا ترى أن أحد الأصليين لما كان شاهداً لا يجوز له
أن يشهد على صاحبه على شهادته مع رجل آخر وقال مالك يجوز شهادة الواحد
على شهادة الواحد لأن الفرع قائم مقام الأصل معبر عنه بمنزلة رسوله
في إيصال شهادته إلى مجلس القاضي فكأنه حضر وشهد بنفسه واعتبر
هذا برواية الأخبار فإن رواية الواحد عن الواحد مقبولة ولنا قول
علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين مطلقاً من
غير تقييد بأن يكون بإزاء كل أصل فرعان ولأن شهادة كل واحد من الأصليين
حق من جملة الحقوق والحق عند القاضي لا يثبت إلا بحجة تامة لأنها الملزمة
للقاضي القضاء فلا بد من النصاب فإذا تم وشهدا على شهادة أحدهما جاز
أن يشهدا على الآخر أيضاً لأن الشاهدين يجوز لهما أن يشهدا على قضيات
كثيرة بخلاف امرأتين لأن النصاب لم يتم بهما وشطر العلة لم يثبت به شيء
لأن المرأتين كرجل واحد وبخلاف ما إذا شهد أحد الأصليين على صاحبه
مع رجل آخر لأن شاهد الأصل يعلم الحادثة يقيناً فلا يستفيد بإشهاد
صاحبه إياه شيئاً ولأن معنى الأصالة يقتضي مشاهدة الحق ومعنى الفرعية
يقتضي عدم المشاهدة وبينهما تناف فلا يجوز ولأن الفرع بدل عن الأصل
فلا يتصور أن يكون الشخص الواحد بدلاً وأصلاً في حالة واحدة ولأن
شاهد الأصل يثبت نصف الحق والفرعان نصفه ولو جازت شهادته
على شهادة صاحبه لثبت ثلاثة أرباع الحق ولا نظير له في الشرع
ولا يقال لو كان الفرع بدلاً لما جاز أن يشهدا مع أحد الأصليين إذ لا
يجوز الجمع بين البدل والمبدل لأنا نقول لم يجمع بينهما لأن الفرعين ليسا
بدلاً عن الذي شهد معهما بل عن الذي لم يحضر. قوله أن يشهد رجلان
دفع إيهام أنه لا يجوز أن يشهد على الشهادة رجل وامرأتان لتمام
النصاب وكذا لا يشترط أن يكون المشهود على شهادته رجلاً لأن
للمرأة أيضاً أن تشهد على شهادتها رجلين أو رجلاً وامرأتين ويشترط
أن يشهد على شهادة كل امرأة نصاب الشهادة لما بينا **قال**
ولا تقبل شهادة واحد أي لا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد
وقد بيناه وبينا الخلاف فيه **قال** والإشهاد أن يقول اشهد
على شهادتي أني أشهد أن فلاناً أقر عندي بكذا وكذا وهذا صفة
الإشهاد ولا بد منه أو مما يقوم مقامه لأنه كالنائب عنه فلا بد من

التحميل والتوكيل ولا بد من أن يشهد عنده كما تشهد عند القاضي لينقله
إلى مجلس القضاء ويحصل ذلك بما ذكر هنا ويقول له عند التحميل اشهد لي
على نفسه إن شاء وليس بلازم لأن من عاين الحق حل له أن يشهد وإن لم يشهده
على نفسه ولو قال اشهد أني سمعت فلاناً يقر لفلان بكذا فاشهد أنت
على شهادتي بذلك جاز لحصول المقصود به ولا يقول اشهد علي بذلك
لأنه لفظ محتمل فإنه يحتمل أن يكون الإشهاد على نفس الحق المشهود به
فيكون أمراً بالكذب وكذا لا يقول اشهد بشهادتي لأنه يحتمل أن يكون
أمراً بأن يشهد مثل شهادته فيكون أمراً له بأن يشهد على أصل الحق وهو
كذب **قال** وأداء الفرع أن يقول أشهد أن فلاناً أشهدني على شهادته
أن فلاناً أقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك وهذا صفة
أداء الفرع عند الحاكم لأنه لا بد من شهادته وذكر شهادة الأصل وذكر
التحميل والجملة تحصل بذلك وله لفظ أطول منه وأقصر كلا طرفي الأمور
ذميم وأوسطها صميم فالأطول منه أن يقول أشهد أن فلاناً أشهدني على
شهادته أنه شهد أن فلان ابن فلان أقر عنده وأشهده على نفسه أن لفلان
ابن فلان عليه ألف درهم وقال لي اشهد على شهادتي أني أشهد أن فلاناً
ابن فلان أقر عندي لفلان بكذا ففيه ثماني شينات أو يقول أشهد أن
فلاناً شهد عندي بكذا وأشهدني على شهادته بذلك وأنا أشهد على



شهادته بذلك فيذكر فيه ست شينات وما ذكره في المتن فيه خمس شينات
والأقصر منه أن يقول أشهد أن فلاناً أشهد على شهادته أن لفلان على فلان
كذا وأنا أشهد على شهادته بذلك فيذكر فيه أربع شينات أو يقول أشهد على
شهادة فلان بكذا فيذكر فيه شينين لا غير ذكره محمد في السير الكبير وهو
اختيار الفقيه أبي الليث وأبي جعفر وشمس الأئمة السرخسي رحمهم الله وهو
أسهل وأيسر وأقصر وروي أن أبا جعفر كان يخالفه فيه علماء عصره فأخرج
لهم الرواية من السير فانقادوا له **قال** ولا شهادة للفرع إلا بموت
أصله أو مرضه أو سفره لأن جوازها للحاجة عند عجز الأصل والعجز يتحقق
بهذه الأشياء والمراد بالمرض ما لا يستطيع الحضور معه إلى مجلس الحكم لأن أداء
الشهادة فرض فلا يسقط إلا بالعجز فإذا سقط جاز له أن يحمل غيره كيلا
يتوى حقه وهذا لأن تكليف ما لا يطاق غير جائز وأمر القاضي بالحضور
إلى موضع المريض شنيع ولأنه يؤدي إلى الحرج وربما لا يتفرغ للقعود في
مجلس الحكم عند كثرة الأمراض والحرج مدفوع والسفر عذر ظاهر ألا ترى أنه
تعلقت به أحكام جمة من قصر الصلاة والفطر في الصوم وامتداد مدة

المسح وسقوط الجمعة والاضحية وحرمة خروج المرأة من غير محرم او زوج وغير ذلك
من الاحكام فكذا هذا الحكم وعن ابي يوسف رحمه الله ان كان في مكان لو غدا
لاداء الشهادة لا يقدر ان يبيت في منزله جاز الاشهاد احياء لحقوق الناس
والاول احسن لان العذر يتحقق بذلك كما في سائر الاحكام والثاني وهو ما روي
عن ابي يوسف ارفق لان احياء الحقوق واجب ما امكن والذاهب ايضا محتسب
فلا يكلف ما فيه حرج وفي البيتوتة في غير اهله حرج عظيم فيجوز الاشهاد
على شهادته دفعا للحرج عنه واحياء لحقوق الناس واخذ كثير من المشايخ بهذه
الرواية وروي عن محمد رحمه الله انها تجوز كيف ما كان حتى روي عنه انه
اذا كان الاصل في زاوية المسجد فشهد الفروع على شهادته في زاوية اخرى
من ذلك المسجد تقبل شهادتهم وقال في النهاية ذكر شمس الائمة السرخسي والقاضي
الامام علي السغدي في شرح ادب القاضي للخصاف رحمه الله اذا استشهد الفروع
على شهادة الاصول والاصول في المصر يجب ان يجوز على قولهما وعلى قول ابي
حنيفة لا يجوز بناء على ان التوكيل بغير رضا الخصم لا يجوز عنده وعندهما
يجوز وجه البناء ان المدعى عليه لا يملك انابة غيره مناب نفسه في الجواب
الا بعذر فكذا لا يجب ان يملك الاصل انابة غيره مناب نفسه في الشهادة
الا بعذر والجامع ان استحقاق الجواب على المدعى عليه كاستحقاق الحضور
على الشهود وعندهما لما ملك المدعى عليه انابة غيره مناب نفسه في الجواب
من غير عذر فكذا في الحضور الى مجلس الحاكم **قال** فان عدلهم الفروع
صح لان الفروع من اهل التزكية فصح تعديلهم شهود الاصل وكذا اذا عدل
احد الشاهدين صاحبه لما ذكرنا ولا تهمة فيه بتنفيذ شهادته لان العدل
لا يفعل ذلك ولو اتهم بمثله لاتهم في شهادته على نفس الحق وكان ينسد باب
الشهادة وهو مفتوح وكيف يتهم به وشهادته لو ترد ترد شهادة صاحبه
بل تقبل بضم اخر معه وان اتفق الرد فهي انما ترد لعدم كمال النصاب وذلك
لا يضره وقيل لا يقبل تعديل صاحبه للتهمة والاول اصح لان العدل لا يتهم
بمثله **قال** وان لم يعدلوا اي ان لم يعدلهم الفروع عدلوا بسؤال غير الفروع
عن الاصول لان الواجب على الفروع النقل دون التعديل ولانه قد يخفى
عليهم فاذا نقلوا شهادتهم يتعرف القاضي عدالتهم كما اذا حضروا بانفسهم
وشهدوا عنده وهذا قول ابي يوسف رحمه الله قال محمد رحمه الله لا تقبل
لانهم ينقلون الشهادة ولا شهادة بدون العدالة فحاصله ان القاضي
ان كان يعرف الفروع والاصول بالعدالة قضى بشهادتهم وان عرف احد
الفريقين بالعدالة دون الاخر سال عن الذين لم يعرفهم بها فان عدل

الاصول الفروع او بالعكس جاز وقال في النهاية في ظاهر الرواية عن محمد انه
لا يثبت عدالة الاصول بتعديل الفروع والصحيح ظاهر الرواية ولا فرق
في ذلك بين ان يقول الفروع للقاضي لا نعرف بحالهم او لا نخبرك بحالهم **قال**
وتبطل شهادة الفروع بانكار الاصل الشهادة اي الاشهاد ومعناه اذا
قال شهود الاصل لم نشهدهم على شهادتنا فماتوا او غابوا ثم جاء الفروع
وشهدوا عند الحاكم لم تقبل شهادتهم لان التحميل شرط ولم يثبت للتعارض
بين خبر الاصول وبين خبر الفروع ولان الاصول يحتمل ان يكونوا صادقين
بذلك فلا يثبت التحميل مع الاحتمال **قال** ولو شهدا على شهادة رجلين
على فلانة بنت فلان الفلانية بالف وقالا اخبرانا انهما يعرفانها فجاءا بامرأة
فقالا لا ندري اهي هذه ام لا قيل للمدعي هات شاهدين انها فلانة لان
التعريف بالنسبة وقد تحقق بشهادتهما والمدعي يدعي ان تلك النسبة
للحاضرة ويحتمل ان يكون لغيرها فلا بد من اثبات تلك النسبة للحاضرة
ونظيره اذا شهدوا ببيع محدود بذكر حدوده من غير معرفة عينه وشهدوا
على الخصم لا بد من اخرين يشهدان ان المحدود بتلك الحدود في يد المدعى
عليه ليصح القضاء به وكذا اذا انكر المدعى عليه ان الحدود المذكورة
في الشهادة حدود ما في يده فلا بد من شاهدين اخرين يشهدان ان الحدود
المذكورة في الشهادة حدود ما في يده **قال** وكذا كتاب القاضي
الى القاضي معناه ان القاضي اذا كتب الى القاضي الاخر ان فلانا
وفلانا شهدا عندي بكذا وكذا من المال على فلانة بنت فلان الفلانية
واحضر المدعي امرأة عند القاضي المكتوب اليه وانكرت المرأة ان تكون
هي المنسوبة بتلك النسبة فلا بد من شاهدين اخرين يشهدان انها هي
المنسوبة بتلك النسبة كما في المسئلة الاولى لما ذكرنا ولا فرق بينهما
الا من حيث ان القاضي الكاتب لولايته ينفرد بنقل الشهادة اليه وفي
الشهادة على الشهادة لا بد من اثنين على كل اصل على ما بينا **قال**
ولو قالا فيهما التميمية لم يجز حتى ينسباها الى فخذها اي لو قال الشاهدان
في الشهادة على الشهادة وفي كتاب القاضي الى القاضي فلانة بنت فلان
التميمية لم يجز حتى ينسباها الى فخذها وهو الجد الاعلى لان التعريف
شرط فيه ولا يحصل ذلك بالنسبة الى العامة وهي عامة ويحصل بالنسبة
الى الخاصة والنسبة الى الفخذ خاصة لان اول النسب الشعب ثم
القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ فكان اخص من الكل
ذكره في النهاية وعزاه الى الصحاح وحصل الزمخشري فيما حكاه صاحب

الثانية الفضيلة اخرا لكل فالشعب يجمع القبائل والقبيلة تجمع العمائر
والعمارة تجمع البطون والبطن تجمع الافخاذ والفخذ تجمع الفضائل خزيمة
شعب وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس
فصيلة وسمي الشعب شعبا لان القبائل تتشعب منه والمقصود من النسب
حصول العلم بالمنسوب وذلك يحصل بالنسب الى الخاص دون العام وبنو
تميم عام فلا يحصل العلم بالنسبة اليه والفرغانية نسبة عامة وكذا السمرقندية
والبخارية والفرغية والاوزجندية خاصة وكذا النسبة الى السكة
الصغيرة بخلاف المحلة الكبيرة في المصر وان كان ينسب بذكر الجد عند ابي
حنيفة ومحمد فذكر الفخذ او الفضيلة على اختلاف القولين يقوم مقام
الجد **قال** ومن اقر انه شهد زورا يشهر ولا يعزر اي لا يضرب وهذا
عند ابي حنيفة وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي اتصل شهادته
القضاء او لم يتصل لانه ارتكب كبيرة وفيها ضرر على المسلمين وليس فيها
حد مقدر فوجب التعزير ازالة للفساد وانما قلنا انها كبيرة لقوله
عليه السلام ايها الناس عدلت شهادة الزور الاشراك بالله ثم تلى قوله
تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وسأله رجل
عن الكبائر فقال عليه السلام الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل
النفس بغير حق وقول الزور فاذا كانت كبيرة وجب عليه التعزير للاجماع
وانما اختلفوا في كيفية تعزيره فقط لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه انه
ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه معا ولابي حنيفة رضي الله
عنه ان شريحا رضي الله عنه كان يشهره ولا يضرب وكان يبعثه الى سوقه
ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما يكونوا
ويقول ان شريحا يقريكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور
فاحذروه وحذروه الناس وشريح رضي الله عنه وان كان تابعيا ولكنه
زاحم الصحابة في الفتوى وسوغوا له في الاجتهاد ورجعوا الى قوله في
المناظرة فمن كان بهذه المثابة من ائمة التابعين فحكمه حكم الصحابة حتى روي
عن ابي حنيفة انه نقلدهم وعدهم فقال مثل مسروق وعلقمة والحسن
وشريح ومن كان في رتبتهم من التابعين فيكون في الحقيقة على هذا
تقليد الصحابة رضي الله عنهم لتقريرهم فعلهم وقولهم لاسيما شريح فانه
كان قاضيا في زمن عمر رضي الله عنه ومن بعده من الخلفاء فيكون فعله
مشهورا بينهم فكيف لا يكون وهو بمحضرهم فيكون تقليده تقليدهم
الا ضرورة وما روي عن عمر رضي الله عنه كان سياسة بدليل تبليغه

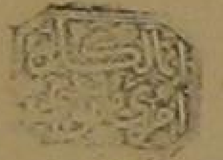
اربعين

اربعين وهو حد العبيد في القذف وبدليل التسخيم وهو مثلة لم يجز بالاجماع
ولذا لم يقولوا به لنهيه عليه السلام عن المثلة ولو في الكلب العقور
ولان الضرب التشديد والتسخيم يمنعان من الرجوع بعد الوقوع فلا
يشرعان وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله انه يشهر عندهما ايضا وقال
الامام الحاكم ابو محمد الكاتب رحمه الله وهذه المسئلة على ثلاثة اوجه
احدها ان يرجع على سبيل التوبة والندامة فانه لا يعزر بالاجماع والثاني
ان يرجع من غير توبة وهو مصر على ما كان فانه يعزر بالاجماع والثالث ان لا
يعلم رجوعه بأي سبب فانه على الاختلاف الذي ذكرنا وقوله ومن اقر
انه شهد زورا التصريح بانه انما يجب التشهير او التعزير على الاختلاف الذي
ذكرنا على من اقر على نفسه انه شهد كاذبا متعمدا واما اذا قال غلطت
او نسيت او اخطات او ردت شهادته لتهمة او لمخالفة بين الشهادة والدعوى
او بين شهادتين فانه لا يعزر لانا لا ندري هو الكاذب ام المشهود
له او الشاهدان او احدهما وقد يكذب المدعي لينسب الشاهد الى الكذب
ولا يمكن اثباته بالبينة لانه من باب النفي والبينة حجة الاثبات ولا
تهمة في اقراره على نفسه فيقبل اقراره ويجب عليه موجبه من الضمان
والتعزير وكذا اذا شهد بقتل انسان بنحر او موته ثم جاء المشهود بقتله
او موته حيا لتيقننا بكذبهم والرجال والنساء واهل الذمة في شاهد
الزور سواء وهل تقبل شهادته بعد ذلك اذا تاب قالوا ان كان فاسقا
تقبل لان الذي حمله على الشهادة الباطلة فسقه فاذا تاب وظهر
صلاحه تقبل لزوال الفسق واختلفوا في مقدار مدة التوبة فقدره
بعضهم بستة اشهر وبعضهم بسنة والصحيح انه مفوض الى راي القاضي وان
كان عدلا او مستورا لا تقبل شهادته ابدا لان عدالته لا تعتمد وروى
الفقيه ابو جعفر عن ابي يوسف ان شهادته تقبل وبه يفتى وتحصل لنا
من جميع ما ذكرنا في هذا الكتاب ان الشهادة ترد بسبب التهمة وسببها
انواع اما معنى في الشاهد وهو الفسق والعمى واما معنى في المشهود له
وهو وصلة خاصة بينه وبين الشاهد كقرابة الولاد والزوجية واما
لدليل شرعي وهو في حق المحدود في القذف بعد التوبة لان الله تعالى
جعل عجزه عن الاتيان باربعة شهداء دليل كذبه بقوله تعالى فاذ لم
ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون والله تعالى اعلم

كتاب الرجوع عن الشهادة

اعلم ان الشهادة فرض لقوله تعالى واقيموا الشهادة لله وقوله تعالى

ومن يكتمها فانه آثم قلبه وقال عليه السلام كاتم الشهادة كشاهد الزور
وشهادة الزور من الكبائر على ما بينّا وقال عليه السلام الشاهد بالزور
لم يرفع قدمه عن مكانه حتى يلعنه ملائكة السموات والارض فيجب على كل
مسلم الاجتناب عنها واذا وقعت منه خطأ او عمدا يجب عليه ان يتوب
والتوبة فيها لا تصح الا عند الحاكم ولا يمنعه عنها الاستحياء من الناس وخوف
الملامة لان الاستحياء من الخالق اولى من الاستحياء من المخلوق وفيه تدارك
ما اتلف بالزور لان رجوعه مقبول في حق نفسه وان لم يقبل في حق المدعي
ثم ركن الرجوع ان يقول رجعت عما شهدت به او شهدت بزور فيما شهدت به
وشرطه ان يكون في مجلس القاضي وحكمه بعد القضاء التعزير والضمان
وقبله التعزير فقط **قال** لا يصح الرجوع الا عند قاض لانه فسخ للشهادة
فيختص بما تختص به الشهادة من مجلس الحاكم اي حاكم كان كالفسخ في باب
البيع حيث يشترط لصحته ما يشترط في البيع من قيام المبيع ورضا المتبايعين
ولان الرجوع عن الشهادة توبة عما ارتكب من قول الزور والتوبة
بحسب الجناية على ما قال عليه السلام السر بالسر والعلانية بالعلانية
فاذا كانت الجريمة بحضرة الحاكم يجب ان يكون توبتها كذلك فاذا كان الرجوع
عند غيره غير صحيح فلو اقام المقضي عليه بينة بانهما رجعا عند غير
القاضي وطلب يمينهما لا تقبل بينته ولا يحلفان لانه ادعى رجوعا باطلا
بخلاف ما اذا اقرا انهما رجعا عند غير القاضي حيث يصح اقرارهما وان اقرا
برجوع باطل لان اقرارهما به يجعل رجوعا منهما في الحال وبخلاف ما اذا
اقام البينة انهما رجعا عند قاض من غير الذي كان قضى بالحق حيث تقبل
هناك بينته لانه ادعى رجوعا صحيحا **قال** فان رجعا قبل حكمه
لم يقض به لان كلامهما متناقض فالقاضي لا يحكم بالكلام المتناقض
ولا ضمان عليهما لاحد من الخصمين لانهما لم يتلفا شيئا على احد بهذه الشهادة
لان الشهادة لم يثبت بها الحق الا بالقضاء فلم يتلفا على المدعى عليه
شيئا ولا على المدعي لان عدم ثبوت حقه لا يضاف الى رجوعهما بل هو باق
على اصل العدم على ما كان غاية الامر ان يقال لولا رجوعهما لقضي بشهادتهما
ولثبت له الحق لكن ذلك لا يوجب الضمان كما لو ابيا ان يشهدا ابتداء
ولان القاضي انما يقضي بشهادتهما اذا ثبتت عدالتهما عنده وغلب على
ظنه انهما صادقان ولا يعرف ذلك الا بعد الحكم لجواز ان يجرحا ولان المدعي
على دعواه فلعله يشهد له غيرهما من العدول فيثبت حقه ولا يتوى
ولئن توى فهو مضاف الى عجزه لا اليهما **قال** وبعده لم ينقض اي اذا

رجعوا بعد ما حكم الحاكم بشهادتهم لم يفسخ الحكم لان كلامهما متناقض فكما لا
يحكم بالمتناقض لا ينقض الحكم بالمتناقض لانهما مستويان في الدلالة
على الصدق وقد ترجح الاول باتصال القضاء به وصار نظيرها لو شهدا
ان عمرا قتله بكر بالكوفة وشهد آخران انه قتله بمصر فانهما قبل القضاء
يردان وبعده لا ينقض لترجحه باتصال القضاء به ولانه لو نقض لادى
الى النقض الى ما لا يتناهى برجوعه عن الرجوع ثم رجوعه عن هذا الرجوع
الآخر الى غير نهاية **قال** وضمنا ما اتلفا للمشهود عليه اذا قبض
المدعي المال دينا كان او عينا لان التسبب على وجه التعدي يوجب
الضمان كحفر البير ووضع الحجر على الطريق وقد وجد ذلك منهما وقال
الشافعي رحمه الله لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبب مع وجود المباشرة
قلنا لا يمكن ايجاب الضمان على القاضي عند رجوع الشهود وان كان مباشرا
لانه ملجأ من جهتهما فان القضاء واجب عليه بعد ظهور عدالتهما حتى لو
امتنع يأثم ويستحق العزل ويعزر ولو اوجبنا عليه الضمان لامتنع الناس
عن تقلد القضاء مخافة الغرامة ولا يمكن استيفاؤه من المدعي لان الحكم
قد مضى فتعين صاحب السبب عند تعذر اضافة الحكم الى صاحب العلة
كوضع الحجر على الطريق ومن العجب ان الشافعي يوجب القصاص على شهود
القصاص اذا رجعوا بعد ما قتله الولي وهو يسقط بالشبهة وامر الدم
اعظم ثم لا يوجب عليهم المال وهو يثبت مع الشبهة ويقول ان القاضي
ملجأ ولا يقول ذلك في المال وهذا تناقض ظاهر ولا يقال انتم ايضا
تناقض قولكم فانكم اوجبتم على الشاهد المال اذا رجع ولم توجبوا عليه القصاص

وكل واحد منهما جزاء الجناية لانا نقول القصاص نهاية العقوبة فلا يجب
الا بنهاية الجناية والتسبب فيه قصور ولهذا لا يعتبر مع المباشرة الا اذا
تعذر اعتبار المباشر فكانت فيه شبهة والقصاص يسقط بالشبهة دون
ضمان المال الا ترى ان القصاص لا يجب في الخطأ والمال يجب والخطأ
اقوى من التسبب لوجود المباشرة فيه ولهذا يوجب حرمان الارث بخلاف التسبب
فاولى ان يسقط به القصاص قوله اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا
وهذا اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله لان الاتلاف يتحقق بقبض
المدعي ماله ولا فرق في ذلك بين العين والدين وقال شيخ الاسلام ان كان
المشهود به دينا فكذلك وان كان عينا يجب على الشهود الضمان وان لم
يقبض المشهود له لان الضمان يتقيد بالمماثلة فتوى العين زال ملك المشهود
عليه عنها بالقضاء الا ترى ان المقضي عليه لا يجوز له ان يتصرف فيها وكذا

للمقر له ذلك وفي الدين لا يزول ملكه عنه حتى يقبضه فلو رجع عليه قبله
لم تتحقق المماثلة اذ لا مماثلة بين اخذ العين وايجاب الدين وفي العين
تتحقق وكذلك في العقار يضمنه قبل القبض عندهما لان العقار يضمن
بالاتلاف بشهادة الزور بخلاف الغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف
لعدم تحققه فيه وهذا الاتلاف يتحقق فيه لانه اتلاف بالكلام فصار
كالوديعة فانه لو اودع العقار عند شخص فاقر به المودع لغيره فانه يضمن
للمودع لتحقق الاتلاف فيه بهذا الطريق وان لم يتحقق بطريق الغصب
وان شهدا عليه بانه ابرأه من الدين او حلله او تصدق عليه به او وهبه
اياه ثم رجعا ضمنا المال المشهود به لان الدين يصير تاويا في العاقبة
بالقبض فيتحقق الاتلاف فيه بخلاف ما اذا شهدا بالعفو عن القصاص
ثم رجعا حيث لا يضمنان لان القصاص ليس بمال لان المال غير الادمي
فان رجع احدهما ضمن النصف قال العبد لمن بقي بالمن رجع وهذا هو الاصل في
باب الرجوع عن الشهادة ولولا ذلك لوجب الضمان بقيام من يقوم بكل الحق
بان بقي النصاب وفي هذه المسالة بقي من يقوم بنصف الحق فيجب ضمان النصف
ولا يقال لا يجوز ان يثبت الحكم ببعض العلة فوجب ان لا يبقى به ايضا لانا
نقول يجوز ان يبقى الحكم ببعض العلة وان لم يثبت به ابتداء كالحول المنعقد
على النصاب يبقى ببقاء بعض النصاب وان لم ينعقد به ابتداء قال
فان شهد ثلاثة ورجع واحد لم يضمن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق لان
شهادة شاهدين تكفي لثبوت الحق في غير الزنا والكلام فيه وقد بقيت
فصار الحق مستحقا بها والاستحقاق يمنع وجوب الحق كمن اتلف مال انسان
ثم استحق المتلف ببينته لا يضمن للاول شيئا فكذا هذا قال وان رجع
اخر ضمنا النصف لانه بقي منهم واحد فيبقى ببقائه نصف الحق ولا يقال
ينبغي ان لا يضمن الراجع الاول لان التلف كان مضافا الى الباقي ولهذا
لم يضمن شيئا برجوعه لانا نقول التلف مضاف الى المجموع الا انه عند رجوع
الاول لم تظهر اثره لمانع وهو بقاء الشاهدين فلما رجع اخر ظهر اثره اذ لم
يبق الا من يقوم بنصف الحق فيغرمان النصف اذ ليس احدهما باولى من الاخر
وهذا كما يلزم جميعهم الضمان اذا رجعوا وهم ثلاثة وليس لواحد منهم ان يقول
لا يكن مني الضمان لاني لو رجعت وحدي لما وجب علي فلا يجب علي الضمان
برجوع غيري قال وان شهد رجل وامراتان فرجعت امراة ضمنت الربع
لبقاء ثلاثة ارباعه ببقاء رجل وامراة اذا الرجل وحده بالنصف والنفس
قال وان رجعتا ضمنتا النصف لانه بقي الرجل بقي نصف الحق وعلى

هذا لو شهد رجلان وامراتان فرجع رجل وامراة فعليهما الربع اثلاثا
وان رجع رجلان فعليهما النصف وان رجعت امراتان فلا شيء عليهما وهو ظاهر
قال وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجعت ثمان لم يضمن لانه بقي من بقي بشهادتهم
كل الحق وهو الرجل والمراتان قال فان رجعت اخرى ضمن ربعه لانه بقي
الرجل والمراة بقي ثلاثة ارباع الحق النصف بالرجل والربع بالمراة قال
وان رجعوا فالغرم بالاسداس يعني سدسه على الرجل وخمسة اسداسه على النسوة
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة
النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن
الا بانضمام رجل فصار بمنزلة ان الحجة لا تتم بهن ما لم يشهد معهن رجل فكانت
شهادته نصف الحق وشهادتهن نصف النصف وهذا لان الرجل متعين في هذه
الشهادة للقيام بنصف الحجة فلا يتم الحجة الا بوجوده فلا يعتبر هذا الحكم
بكثرة الاجتماع النساء فاذا ثبت نصف الحق بشهادته ضمن ذلك عند الرجوع
والنصف الاخر يثبت بشهادتهن فعليهن ضمانه عند الرجوع ولابي حنيفة ان كل
امراتين يقومان مقام رجل واحد قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت
شهادة اثنتين بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد به ستة رجال
ثم رجعوا فيكون الضمان عليهم اسداسا وعدم الاعتداد بكثرتهن عند انفرادهن
لا يلزم منه عدم الاعتداد بكثرتهن عند الاجتماع مع الرجال الا ترى ان كل
اثنتين منهن في الميراث يقومان مقام واحد وعند انفرادهن لهن الثلثان
فلا يزداد نصيبهن بكثرتهن وان اختلطن بابن يزيد فيعتد بكثرتهن فكذا
هنا وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق بالاتفاق
لانه بقي من بشهادته نصف الحق وهو الرجل وكذلك اذا رجع الرجل وحده عليه
نصف الحق لبقاء من يقوم بالنصف وقال في المحيط ان رجع الرجل وثمان نسوة
فعلى الرجل نصف الحق ولا شيء على النسوة لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل
واحد وقد بقي من النساء من يثبت بشهادتهن نصف الحق فيجعل الراجعات
كانهن لم يشهدن وهذا سهو بل يجب ان يكون النصف اخماسا عنده وعندهما
انصافا وذكر الاسبيجابي انه لو رجع رجل وامراة كان النصف بينهما اثلاثا
ولو كان كما قال لما وجب على المراة شيء وان شهد رجلان وامراة ثم رجعوا
فالضمان عليهما دون المراة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد
فلا يضاف الحكم اليه بخلاف ما اذا شهد رجلان وامراتان ولو شهد رجل
وثلاث نسوة ثم رجعوا فعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف
وعنده عليه الخمسان وعليهن ثلاثة الاخماس على الاصل الذي تقدم

ولو زوج الرجل امرأة فعليه النصف كله عندهما ولا يجب على المرأة شيء وعند
عليه وعلى الراجعة اثلاثا على ما تقدم **قال** وان شهد رجلان
عليه او عليها بنكاح بقدر مهر مثلها ورجعا لم يضمنا سواء كانت هي المدعية
او هو ومراده هذا بقوله عليه او عليها لان الشهود اتلفا عليه شيئا
بعوض يقابله والاتلاف بعوض كلا اتلاف فان قيل هذا يستقيم في
حقها لانهما اتلفا عليها البضع بعوض متقوم واما في حق الزوج فغير
مستقيم لان البضع غير متقوم واتلفا عليه المال المتقوم بمقابلته فوجب
ان يضمنا له مطلقا قلنا البضع متقوم حال دخوله في الملك والكلام فيه
قال وان زادا عليه ضمنا الزيادة اي ان زادا على مهر المثل ضمنا الزيادة
هذا اذا كانت هي المدعية للنكاح وهو منكر لانهما اتلفا على الزوج
قدر الزيادة بلا عوض ولم يذكر الحكم فيما اذا شهدا عليها بالنكاح باقل من
مهر المثل وحكمه انهما لا يضمنان لها شيئا لان منافع البضع غير متقومة عند
الاتلاف فلا يضمن بالتقوم لان التضمين يستدعي المماثلة وانما تضمن وتتقوم
بالتملك ضرورة ابانة خطر المحل فصار كالاصل لان المشهود به اذا لم يكن مالا
كالقصاص والنكاح لا يضمن الشهود عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وان كانا
مالا فان كان الاتلاف بعوض يعادله فلا ضمان عليهم لما ذكرنا وان كان
بعوض لا يعادله لا يضمن بقدر العوض ويضمن الزيادة لخلوها عن العوض
وخرج المسائل على هذا ولو شهدا عليها بقبض مهرها او بعضه فقضى بها
القاضي ثم رجعا ضمنا لها لانهما اتلفا عليها وهو المهر قليلا كان او كثيرا
دون البضع ولو شهدا عليها انه تزوجها على الف ومهر مثلها خمسمائة وانها
قبضت الالف وهي تنكر فقضى بهما ثم رجعا ضمنا لها مهر المثل المسمى لان
حق الاستيفاء لم يثبت لها فيه اذ لم يقض بوجوبه لان القضاء بالنكاح مع قبض
المهر قضاء بانه لم يملكها عن المعقود عليه لا قضاء بالمسمى لانه اذا كان مقبوضا
لا يحتاج الى القضاء به فلم تقع الشهادة بالقبض اتلافا للمسمى لعدم وجوبه
اصلا بل وقعت اتلافا للبضع فيضمنان قيمته هكذا ذكره في التحرير
وهو وارد على ما ذكرنا من قبل من المذهب حيث انه اوجب على الشهود قيمة البضع
مع عدم وجوبه بالقضاء ومقتضى المذهب ان لا يجب شيء على ما بينا وهو ان
منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف وانما يتقوم على الزوج عند تملكه
اياه ولو شهدا بالنكاح على الف ولم يشهدا بالقبض حتى قضى به ثم شهدا
بالقبض ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا للمراة الالف لانهما لما شهدا بالنكاح
بالالف لها حق الاستيفاء لان الالف قد تقرر عليه بالقضاء بالنكاح ثم بشهادتهما

اتلفا

اتلفا عليها ذلك فيضمنان جميعه ولو ادعى على امراة انه تزوجها على مائة
وقالت تزوجتني على الف وذلك مهر مثلها فاقام الزوج شاهدين بما ادعى
وقضى له بذلك وقد دخل بها ثم رجعا ضمنا لها تسعمائة في قول ابي حنيفة ومحمد
ولم يضمنا شيئا في قول ابي يوسف وهو بناء على مسئلة النكاح في اختلاف الزوجين
في المهر فعندهما القول قولها الى مهر مثلها ولولا شهادتهما لقضى لها عليه
بالالف فاتلفا عليها من ذلك تسعمائة فيضمنانه وعنده القول قوله فلم يتلفا
عليها شيئا وهذا يبين ان المراد بقوله الا ان ياتي بشيء مستنكر ما لا يصلح ان
يكون مهرا في الشرع وهو ما دون عشرة دراهم وان اتلفا منفعة بان شهدا
انه اكرى دابته بمائة واجر مثلها مائتان فركبها ثم رجعا لم يضمنا ان كان المدعي
هو المستاجر والمنكر صاحب الدابة لانهما اتلفا على صاحب الدابة مجرد
المنفعة من غير عقد ولا شبهة عقد وذلك لا يوجب الضمان لما عرف وان
كان المدعي صاحب الدابة والاخر منكر ضمنا له ما زاد على اجر المثل لانهما
اتلفا عليه ذلك القدر بلا عوض وقدر اجر المثل بعوض فلم يضمناه
قال ولم يضمنا في البيع الا ما نقص من قيمة المبيع يعني اذا شهدا على
البائع بانه باع ثم رجعا عن الشهادة لم يضمنا له اذا كان البيع بمثل القيمة
او اكثر لانهما اتلفا عليه المبيع بعوض يعدله او يفوقه والاتلاف بعوض
كلا اتلاف وان شهدا عليه بانه باع باقل من القيمة ضمنا النقصان
لان ذلك القدر اتلفا عليه بلا عوض ولا فرق في ذلك بين ان يكون
البيع بخيار الشرط للبائع او كان باتا لان السبب هو البيع السابق
فيضاف الحكم اليه عند سقوط الخيار بمضي المدة فيكون التلف مضافا
اليهما فان قيل البيع بشرط الخيار للبائع لا يزيل ملك البائع عن المبيع
وقد كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فاذا لم يفعل
فقد رضي بالبيع فوجب ان لا يضمنا له شيئا قلنا السبب الموجب لزوال
الملك هو البيع المشهود به وان تاخر حكمه وهو زوال الملك ولهذا يستحق
المشتري المبيع بزوائده عند النفاذ فكان الاتلاف حاصلا بشهادتهما
فيضمنان وهذا لان البائع كان منكرا للبيع فلا يمكنه ان يتصرف بحكم
الخيار لانه يصير كالمقر بالبيع فيثبت فسخ كلامه عند الناس فيكون كاذبا
عندهم فيتوقاه حذرا من ذلك حتى اذا اجازه باختياره ليس له ان
يرجع على الشهود لانه اتلفه على نفسه ولا يضاف الحكم الى المسبب مع
وجود المباشر هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن وان شهدا
بنقد الثمن مع انهما شهدا بالبيع ينظر فان شهدا بالبيع بالف مثلا فقضى

به ثم رجعا عن الشهادة ضمنا الثمن لان الثمن مقرر في ذمة المشتري
بالقضاء ثم اتلفاه عليه بشهادتهما بالقبض فيضمنانه وان كان الثمن
اقل من قيمة المبيع يضمنان الزيادة ايضا مع ذلك لانهما اتلفا عليه هذا
القدر بشهادتهما الاولى وان شهدا عليه بالبيع وقبض الثمن جملة واحدة
فقضى به ثم رجعا عن شهادتهما يجب عليهما القيمة فقط لان القاضي يقضي
بالبيع لا بوجوب الثمن لان القضاء بالثمن يقارنه ما يوجب سقوطه وهو
القضاء بالقبض والقضاء بالشيء اذا اقترن به ما يوجب بطلانه لا يقضى
به ولهذا قلنا لو شهد شاهدان بالبيع والاقالة دفعة واحدة ان القاضي
لا يشتغل بالقضاء بالبيع لاقتران ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالاقالة
فكذا هنا ولو شهدا على رجل بالشراء فقضى به ثم رجعا فان كان بمثل قيمته
او اقل لم يضمنا للمشتري شيئا لان الاتلاف بعوض لا يكون اتلافا في
المعنى على ما بينا وان كان باكثر من قيمته ضمنا ما زاد على قيمته للمشتري
لانهما اتلفا عليه الزائد بغير عوض فيضمنانه له وكذا اذا شهدا عليه
بالشراء بشرط الخيار للمشتري وجاز البيع بمضي المدة وان جاز باجازته
لا يضمنان على ما بينا في حق البائع **قال** وفي الطلاق قبل الوطء ضمنا
نصف المهر يعني اذا شهدا بانه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا
للزوج نصف المهر لانهما اكدا عليه ما كان على شرف السقوط لان احتمال
ارتدادها وتقبيلها ابن زوجها ثابت فيحتمل ان يوجد ذلك منها فيسقط
المهر به والتاكيد حكم الايجاب وصارا كانهما اوجبا عليه الا ترى ان المحرم
اذا اخذ صيدا فقتله اخر في يده يلزم الاخذ الجزاء ثم يرجع به على القاتل
لانه قرر عليه ما كان على شرف الزوال بالتسبيب والتقرير حكم الايجاب
ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ ولا يوجب شيئا اذا لم يكن من جهته
وانما باضافة الفرقة اليه الزماه نصف المهر فيضمنان له ذلك وينتقض
هذا بمسئلتين ذكرهما في التحرير احديهما امرأة لها على رجل الف درهم مؤجل
فشهد شاهدان انه طالبها فاخذ منهم ثم ارتدت والعياذ بالله تعالى
ولحقت بدار الحرب وسبيت ثم رجع الشهود عن شهادتهم لا يضمنون وهذا
الدين كان على شرف السقوط لانه لو كان مؤجلا على حاله لسقط بارتدادها
والثانية لو ان رجلا قتل امرأة قبل ان يدخل بها زوجها حتى لزمه جميع
المهر لا يرجع على القاتل وان وجد التاكيد منه اذ لولا قتله كان احتمال
السقوط ثابتا ولكن نقول القتل منهي للنكاح والشيء بانتهائه يتقرر
والدين المؤجل ثابت في الحال وانما تاخرت المطالبة ولهذا لو مات

من قبله الدين يحل ولم يؤكد الشهادة شيئا او تحصيل الحاصل محال او نقول
لا نسلم بان دينها يسقط بل يكون لورثتها ويقضى به ديونها فلا يسقط.
فبطل السؤال من الاصل والابن اذا اكره امرأة ابيه فزنا بها يلزم الاب
نصف المهر ثم يرجع به على الابن لان الابن باكراهه اياها الزم اباه نصف
المهر فصار نظير الشهود ولو رجع الشهود بعد موت الزوج غرموا للورثة
لانهم قائمون مقامه ولم يرث لوقوع الفرقة بالقضاء قبل الموت ولو شهدا
بعد موت الزوج انه كان طلقها في حياته قبل الدخول بها ثم رجعا لم يضمنا للورثة
لان الشهادة وقعت لهم وضمنا للمرأة نصف الصداق والميراث لان المهر
كان مؤكدا ظاهرا بالموت بحيث لا يسقط بمسقط وكذا الميراث كان واجبا
لها وانما فوتاه عليها بهذه الشهادة ابطلا عليها نصفا مؤكدا من المهر وارثا
ثابتا بالظاهر فيضمنان لها ذلك ذكره في الكافي **قال** ولم يضمنا
لو بعد الوطء يعني لو شهدا انه طلقها بعد ما دخل بها فقضى بشهادتهما
ثم رجعا عن الشهادة لم يضمنا لان المهر تاكد بالدخول لا بشهادتهما وقال
الشافعي رحمه الله يضمنان للزوج مهر المثل وكذا اذا قتلها قاتل يضمن
القاتل للزوج مهر المثل عنده وكذا اذا ارتدت المرأة يجب عليها ان تغرم
للزوج نصف المهر لان البضع متقوم الا ترى انه متقوم حال الدخول حتى
لا يتصور ان تملك بلا عوض فكذا عند خروجه عن ملكه لانه انما يخرج عن ملكه
عين ما دخل في ملكه فمن ضرورة تقومه في احدى الحالتين التقوم في الحالة
الاخرى كملك اليمين ولنا ان ملك الزوج ضروري فلا يظهر الا في حق استيفاء
منافع البضع الا ترى انه ليس له ان يخاصم المتلف بالوطء شيئا حتى لو وطئت
بشبهة كان العقر لها ولو كان ملكه متقوما لكان له ان يزوجها من انسان
كملك اليمين ولان الضمان من شرطه المماثلة ولا مماثلة بين البضع والمال
لا صورة ولا معنى فلا يكون مضمونا واما عند دخوله في ملك الزوج.
فالتقوم لشرف المملوك دون الملك الوارد عليه وتقومه لاظهار خطر
ذلك المحل حتى يكون مصونا عن الابتذال ولا يملك مجانا فان ما يملك مجانا
لا يعظم خطره عند اصابته وذلك محل له خطر مثل النفوس لان النسل
يحصل به وهذا المعنى لا يحصل في طرف الازالة فانها لا يملك فيها الزوج
شيئا لكن يسقط عنها ملك الزوج الا ترى انه لم يشترط فيه معنى الخطر عند
التملك كالشهود والولي لا يشترط شيء منه عند الازالة ولكونه غير متقوم
حالة الخروج دون الدخول ليس للاب ان يخالع ابنته الصغيرة على مالها من
زوجها وله ان يزوج ابنه الصغير على ماله بخلاف ملك اليمين فانه ملك مال

ز المال بمثل بمال وعند الاتلاف تضمن المال قال وفي العتق ضمنا
القيمة اي اذا شهدا باعتاق عبد فحكم الحاكم بعتقه ثم رجعا عن الشهادة
ضمنا قيمة العبد لسيده لانهما اتلفا عليه مالية العبد من غير عوض
والولا للذي شهدا عليه بالعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان
فلا يتحول الولا ولا يمتنع وجوب الضمان عليهما بثبوت الولا للمولى لان الولا
ليس بمال متقوم بل هو كالنسب لقوله عليه السلام الولا لحمة كلحمة النسب
فلا يكون الضمان بدلا عنه بل عما اتلفا عليه من ملك المال وهذا الضمان
لا يختلف بين ان يكونا موسرين او معسرين لانه ضمان اتلاف الملك بخلاف ضمان
الاعتاق لانه لم يتلف الملك ولكنه مع ذلك لزمه فساد ملك صاحبه
فاوجب الشارع عليه المواساة صلة الصلات تجب على الموسر دون المعسر
كالزكاة ونفقة الاقارب ولو شهدا عليه بانه دبره فقضى القاضي بذلك
ثم رجعا ضمنا ما نقصه التدبير لانهما اوجبا للعبد حق العتق وبذلك
ينتقص ماليته فاذا مات المولى عتق ان خرج من الثلث وضمنا للورثة
بقية قيمته ولو لم يكن مال سواه عتق ثلثه وسعى في ثلثيه وضمنا للورثة
ثلث قيمته وان كان العبد معسرا ضمنا جميع قيمته مدبرا ويرجعان به عليه
اذا ايسر ولو شهدا انه كاتب عبده فقضى بالكتابة ثم رجعا ضمنا قيمته كلها
لانهما حالا بينه وبين عبده فصار له بخلاف التدبير ثم الشاهدان يتبعان المكاتب
بالكتابة على نجومها لانهما قاما مقام المولى في ذلك حين ضمنا قيمته وكان من
قضية الضمان ان يملكاه كيلا يجتمع البدلان في ملك شخص لكن المكاتب
لا يقبل النقل من ملك الى ملك ولا يعتق المكاتب حتى يودي ما عليه كما كان
قبل رجوعه فاذا ادى عتق والولا للمولى لانه هو الكاتب له وانما هذان
قاما مقامه في اخذ بدل الكتابة منه لا غير فاذا ادوه اليهما كاداءه الى المولى
فيطيب لهما ما اخذا من المكاتب ان كان بدل الكتابة مثل قيمته او اقل
وان كان اكثر تصدقا بالفضل وان عجز ورد في الرق كان لمولاه لان رقبته
لم تصر ملكا للشاهدين لما ذكرنا ويرد المولى ما اخذ من الشاهدين لان الحيلولة
قد بطلت بعجز المكاتب فصار نظيرها اذا غصب المدبر فابق عنده وضمنه
المولى قيمته ثم جاء من الاباق فانه يجب على المولى ان يرد على الغاصب ما اخذ
منه فكذا هذا ولو اختار المولى ان يتبع المكاتب ولا يضمن الشهود كان له
ذلك ولو شهدا انه اقر ان امته ولدت منه والمولى ينكر فقضى القاضي بذلك
ثم رجعا فهذا على وجهين اما ان يكون معها ولد او لم يكن وكل وجه على وجهين
اما ان يكون الرجوع حال حياة المولى او بعد وفاته فان لم يكن معها ولد

وكان

وكان الرجوع حال حياة المولى فانهما يضمنان للمولى نقصان قيمتها فاذا مات
المولى عتقت فيضمنان للورثة ما في قيمتها لانه لولا شهادتهما لورثها
الورثة ففوتاها عليهم هذا القدر وان رجعا بعد موت المولى ضمنا قيمتها
للورثة لاتلافهما ذلك عليهم وان كان معها ولد ورجعا حال حياة
المولى ضمنا نقصان قيمتها له لما ذكرنا وضمنا جميع قيمة الولد لانه
لولا شهادتهما كان عبدا له ففوتاه عليه ذلك فاذا مات المولى بعد ذلك
ان لم يكن مع الولد شريك في الميراث لا يضمنان له شيئا ويرجعان على الولد
بما قبض الاب منهما لان من زعم الولد ان رجوعهما باطل وقبض الاب الضمان
كان بغير حق فكان مضمونا عليه فيودي من تركته ان كانت له تركة والا
فلا شي على الابن لانه من اقر على مورثه بدين وليس له تركة لا يجب عليه شي
وان كان معه شريك فان الشاهدين يضمنان لشريكه نصيبه من قيمة
الولد ومن باقي قيمة الام ويرجعان على الولد بما قبض الاب منهما لما ذكرنا
ان ترك مالا ولا يرجعان بما اخذ منهما شريكه لانه في زعمه ظلمهما فلا يظلم
هو وكذا في زعمهما فلا يظلمانه ولا يضمنان لشريكه ما اخذ الولد بالارث
وان رجعا بعد وفاة المولى فان لم يكن شريك فلا ضمان عليهما لانهما لم يفوتا الوارث
وصل وهو يكذبهما في الرجوع وان كان له شريك في الميراث يضمنان له حصته
من قيمة الولد ومن جميع قيمة الام ولا يضمنان له ما ورثه الولد ولا يرجعان
على الولد هنا بما اخذ منهما شريكه لان هذا ظلم شريكه لا ظلم ابيه فلم
يكن ذلك دينا على الميت حتى يقدم على الارث وانما يجب عليهما ان يضمنا جميع
قيمتها هنا لانهما اتلفاها عليهم ولم يضمنا من قيمتها شيئا للمولى بخلاف
المسئلة الاولى هذا كله فيما اذا كانت الشهادة حال حيوة المولى وان
شهدا بعد وفاته وفي المسئلة بحالها فقضى بشهادتهما القاضي ثم رجعا
فان لم يكن معها ولد ضمنا جميع قيمتها للورثة لما ذكرنا وان كان معها
ولد ضمنا قيمتها وقيمة الولد كليهما وما اخذه الولد بالارث بخلاف ما اذا
كانت الشهادة في حال حيوة المولى حيث لا يضمنان ما اخذه الولد من
التركة والفرق بينهما ان الشهادة في حال الحيوة لا تكون شهادة
بالمال والميراث لانه يجوز ان يموت الابن اولا فيرثه الاب فلا يكون شهادتهما
اتلافا للمال فلا يضمنان واما بعد الموت فشهادتهما وقعت على المال
فيكون اتلافا له فيضمنان ذلك كله حتى الولد نفسه لانه لولا شهادتهما
كان عبدا ارثا لهم قال وفي القصاص الدية ولم يقتص اي فيما
اذا شهدا بوجوب القصاص على شخص بان شهدا انه قتل فلانا عمدا فقضى

القاضي به فقتل ثم رجعا يجب عليهما الدية ولا يقتص منهما وقال الشافعي
يقتص منهما لانهما تسببا بقتله فصارا كالمكره بل اولى لان الولي يعان
والمكره يمنع وكانت الشهادة افضى الى القتل واولى بوجوب القصاص
عليهما ولنا انهما تسببا بقتله وليسا بملجئ اذ الولي بالخيار ان شاء قتل
وان شاء عفا عنه بل جانب العفو مترجح والسبب لا يوجب القصاص كحفر البير
ولان القصاص نهاية العقوبة فلا يجب الا بنهاية الجناية وهو القتل
مباشرة عمدا بالة صالحة له ولم يوجد ذلك هنا لان الشهادة ليست بقتل
حقيقة وانما يصير قتلا بواسطة ليست في يدهما وهو حكم الحاكم
واختيار الولي قتل المشهود عليه والفعل الاختياري من المباشر يقطع
النسبة الى المسبب كدلالة السارق وفتح باب القفص وحل باب القيد
فلم يوجد منه القتل حقيقة لعدم المباشرة ولا حكما لعدم الالجاء لان الالجا
هو الذي يخاف العقوبة الدنيوية على نفسه فيؤثر نفسه بالطبع فيكون
كمسلوب الاختيار ولم يوجد ذلك في حق الولي ولا في حق القاضي لان القاضي
انما يخاف العقوبة في الاخرة ولا يصير به لذلك مقهورا والولي يباشر القتل
باختياره وليس عليه حرج في العفو بل هو مندوب اليه فكيف يتاتى الاكراه
في حقه بخلاف المكره فان المكره يؤثر حياة نفسه فيقدم على القتل فينسب
الفعل الى المكره والمكره كالالة له ولان اقل احواله ان يكون شبهة
والقصاص يسقط بها دون الدية لان المال يجب مع الشبهة وان رجع الولي
معهما او جاء المشهود بقتله حيا فالولي بالخيار ان شاء ضمن الولي الدية
وان شاء ضمن الشاهدين لان الولي متلف له حقيقة والشاهدان متلفان
له حكما والاتلاف الحكمي مثل الحقيقي في حكم الضمان وايهما ضمن لا يرجع
على صاحبه عند ابي حنيفة وكذا عندهما ان ضمن الولي وان ضمن الشاهدين
فلهما ان يرجعا على الولي لانهما عاملان له في الشهادة فيرجعان عليه بما
لحقهما به كما لو شهدا له بقتل الخطا فقضي له بها واخذ الدية ثم رجعوا
جميعا وهذا لانهما لما ضمنا قاما مقام الولي وان لم يملكا القصاص فيرجعان
عليه كغاصب المدبر اذا غصب منه اخر فهلك عند الثاني واختار المولى
تضمين الغاصب الاول فضمنه فللغاصب ان يضمن الغاصب منه لانه لما
ضمن قام مقام المولى وان لم يملك التدبير وهذا لان القصاص مما يملك
في الجملة حتى يملكه الولي وورثته اذا مات من له القصاص وله بدل متقوم
محتمل للتملك فيكون السبب معتبرا على ان يعمل في بدله عند تعذر اعماله
في الاصل فاليمين على مس السما ينعقد في ايجاب الكفارة الذي هو خلف

عن

عن البر لما كان الاصل وهو البر متصورا لوجود عقله وكذا شهود الكتابة
اذا رجعوا وضمنوا للولي القيمة كان لهم ان يرجعوا بها على المكاتب وان لم
يملكوا منه شيئا ولابي حنيفة ان الشهود ضمنوا لاتلافهم المشهود عليه
حكما والمتلف لا يرجع بما ضمن بسببه على غيره كالولي وهذا لانهم لو لم يكونوا
متلفين لما ضمنوا مع المباشر اذ لا يعتبر مجرد التسبب مع المباشر الا ترى
ان الحافر لا يعتبر مع الدافع فثبت بهذا انهم جناة ومضمن بجنايته لا يرجع
على غيره واما في الخطا فانما يرجعان عليه لانهما لما ضمنا ملكا الدية وقد
اتلفه القابض بصرفه الى حاجته فيرجعان عليه وانما ينعقد السبب موجبا
للحكم على ان يعمل في بدله ان لو كان السبب مما يتصور وجود حكمه ولا يتصور
وجود الملك في القصاص بالضمان بحال فلا ينعقد في حق خلفه كاليمين
الغموس ولو كان القصاص ملكا لانسان حقيقة لم يضمنه المتلف كالثمن
العوض ولو كان القصاص ملكا لانسان حقيقة لم يضمنه المتلف عليه
بان قتله شخص او شهد عليه شهود بالعفو ثم رجعوا لا يضمن القاتل ولا الشهود
شيئا لولي القتيل وانعقاد السبب لا يكون اقوى من وجود الملك حقيقة
ولهذا افارق مسئلة غصب المدبر والمكاتب فانه فيه لو كان مالكا حقيقة
لكان يضمنه المتلف عليه فكذا اذا حصل له المالك حكما باعتبار انعقاد السبب
له فيكون له ان يرجع بالمبدل لذلك قال وان رجع شهود الفرع ضمنوا
لان التلف مضاف الى شهادتهم لصدورها منهم في مجلس الحكم قال ولا شهود
الاصل بلم نشهد الفروع على شهادتنا او اشهدناهم وغلطنا اي لا يضمن
شهود الاصل بقولهم لم نشهد شهود الفروع او بقولهم اشهدناهم وغلطنا
لان القضا وقع بشهادة الفروع اذ القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادة
الفروع وهذا لانهم بقولهم لم نشهدهم انكروا السبب اصلا وهو الاشهاد
وهو خبر محتمل للصدق والكذب فلا يبطل القضا به ولا يلتفت
الى كلامهم بعد القضا بخلاف ما اذا قالوا ذلك قبل القضا حيث لا يقضى
به لانكارهم التحمل وهو شرط فيها وقال محمد رحمه الله يضمن شهود
الاصل فيما اذا قالوا اشهدناهم وغلطنا لان الفروع قاموا مقام
الاصول في نقل شهادتهم الى مجلس القاضي فيحصل القضا بشهادة الاصول
فلهذا تعتبر عدالتهم فصار كانهم حضروا بانفسهم مجلس القاضي فشهدوا
ثم رجعوا بخلاف ما اذا قالوا لم نشهدهم على شهادتنا حيث لم يضمنوا لانهم
لم يرجعوا وانما انكروا التحمل ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان الموجود
من الاصول شهادة في غير مجلس القاضي والشهادة في غير مجلسه لا تكون

سببا لا تلاف شيء فلا يلزمهما الضمان وهذا لان الشهادة مختصة بمجلس القضا ولهذا اختص الرجوع به بناء عليه للتناسب ولا نقول ان الفروع نائبون منابهم في نقل شهادتهم الى مجلس القاضي فانهم بعد الاشهاد لو منعوهم عن اداء الشهادة كان عليهم الاداء اذا دعاهم المدعي اليه ولو كانوا نائبين عن الاصول لما كان لهم ذلك بعد المنع ولكنهم يشهدون على ما حملوا وهو اشهاد الاصول اياهم على شهادتهم فصار كما لو شهدوا على نفس الحق وعلى هذا لو رجع الاصول بان قالوا اشهدناهم على ذلك ولكنا رجعنا عن ذلك عندهما لا يضمنون وعند محمد يضمنون والوجه قد بيناه من الجانبين **قال** ولو رجع الاصول والفروع ضمن الفروع فقط لان الاتلاف حصل بالشهادة الموجودة في مجلس القاضي وهي من الفروع مباشرة من كل وجه والاصول متسببون للتلف من وجه وقد عرف ان المباشر والمتسبب اذا اجتمعا وهما متعديان كان الضمان على المباشر دون المتسبب وهذا عندهما وقال محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضا وقع بشهادة الفروع من حيث ان القاضي عاين الشهادة من الفروع ووقع بشهادة الاصول من حيث ان الفروع نائبون عنهم ونقلوا شهادتهم بامرهم فيتخير في تضمين اي الفريقين شاء والجهتان متغايرتان لان شهادة الاصول على اصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول او نقول احدهما اشهاد والاخرى اداء الشهادة في مجلس القاضي فلا يجمع بينهما في التضمين بل يجعل كل فريق كالمنفرد فيكون له الخيار كالغاصب مع غاصب الغاصب وهذا لان التلف يثبت بالنقل والاشهاد والنقل من الفروع والاشهاد من الاصول فلولا اشهاد الاصول لما تمكن الفروع ولولا نقل الفروع لما تمكن الاصول فكان فعل كل فريق في حق المشهود عليه سبب ضمان على سبيل المباشرة اما الفروع فظاهر لانهم نقلوا شهادة الاصول عند القاضي على وجه لو لم يعمل القاضي بشهادتهم يأثم وكذلك الاصول مباشرون من حيث الحكم لان اداء الفروع ينقل الى الاصول لان الفروع مضطرون من جهة الاصول الى الاداء بعد الاشهاد بحيث لو امتنعوا عن الاداء اثموا فصاروا نظير القاضي لما الجاه الشهود الى القضا نسب اليهم فضمنوا ثم اي فريق ادى لا يرجع على صاحبه لان كلا ضمن بجنايته بخلاف الغاصب اذا ضمن حيث يرجع على غاصب الغاصب لما عرف في موضعه **قال** ولا يلتفت الى قول الفروع كذب الاصول او غلطوا بعد نفاذ الحكم بشهادتهم لان ما مضى من القضا لا ينتقض بقولهم كما لا ينتقض برجوعهم ولا تلزمهم غرامة لانهم لم يرجعوا انما شهدوا على غيرهم انهم كذبوا

قال

قال ويضمن المزكي بالرجوع وشهود الزنا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود خيرا فصار كما لو اثنوا على المشهود عليه بان شهدوا على احصان الزاني ثم رجعوا وهذا لانهم لم يثبتوا التلف وهو الزنا مثلا ولم يتعرضوا له بالاصالة وانما اثنوا على الشهود فصاروا في المعنى كشهود الاحصان ولابي حنيفة رحمه الله انهم جعلوا ما ليس بموجب موجبا فصاروا بمنزلة من اثبت سبب الاتلاف وبيان ذلك ان الشهادة لا توجب شيئا بدون التزكية ونسب التلف الى الشهادة وهي لا تعمل الا بالتزكية فكانت التزكية علة العلة وهي بمنزلة العلة في اضافة الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان فانهم لم يجعلوا غير الموجب موجبا لان الموجب هو الزنا وهم لم يثبتوه ولهذا يثبت الاحصان بشهادة النسا بخلاف التزكية لشهود الحد لان الشهادة لا تعمل الا بها فصار التلف مضافا اليها كما يضاف الى الشهادة ولهذا لا يجوز ان يكون النسا مزكيات مع الرجال في الحدود كما لا يصلحن للشهادة فيها ولولا اضافة الحكم اليها لصلحن للتزكية فيها وهذا لان التاثير هو المعتبر والعلة موثرة في اثبات الحكم وكذلك علة العلة موثرة ايضا في اعمال العلة اذ الشهادة لا توجب العمل الا بها بخلاف شهود الاحصان فان ذلك ليس بموثر في اثبات الزنا فانهم اثنوا عليه بقولهم انه حر مسلم تزوج نكاحا صحيحا وقد اوفى حقها شرعا بالدخول فيها وهذه الخصال تمنع الزنا فلا تكون موجبة له لان الزنا مذموم وهذه الخصال محمودة فبينهما منافاة فكيف يكون احدهما سببا للاخر فلما لم يوجب الزنا لا يوجب الرجم ايضا بل هو موجب الزنا عند وجود الاحصان **قال** وشهود اليمين اي يضمن شهود اليمين معنى المسئلة ان يشهدوا بتعليق العتق بشرط او بتعليق الطلاق بشرط قبل الدخول ثم يرجعان عنها فيجب عليهما قيمة العبد ونصف المهر لانهم شهود العلة اذ التلف يحصل بسببه وهو الاعتاق والتطليق وهم الذين اثبتوا ذلك بشهادتهم والشرط وان كان مانعا واذا وجد الشرط اضيف التلف الى تلك الكلمة وهي العلة دون زوال المانع **قال** لا شهود الاحصان والشرط اي لا يضمن شهود الاحصان ولا شهود الشرط وفيها خلاف زفر رحمه الله اما شهود الاحصان فهو يقول ان الجناية تتغلظ عنده فيضاف لحقيقة العلة ولانه شرط لوجوب الرجم والشرط اذا سلم عن المعارضة العلة صالح علة الا ترى ان حافر البير يضمن عند عدم من يلقي والحفر شرط الوقوع فيضاف الحكم اليه قلنا ان الاحصان علامة وليس بشرط حقيقة لان حقيقة الشرط ان يوجد العلة بصورتها وتوقف العلة على حضوره وربما علة على وجود الشرط كتعليق العتق بالشرط فان العلة قد

وجدت بصورتها وهي قوله عبدي حر ونحو ذلك وتوقفت على صيرورتها علة
على وجود الشرط وهنا لو زنا ثم احصن لا يرجم ولكن اذا زنا وهو محصن عرفنا
ان حكمه الرجم وهذا معنى العلامة فلم يتعلق به وجوب الرجم ولا وجوده اذ
الحكم لا يضاف الى العلامة المظهرة واما شهود الشرط فلا يخلو اما ان رجعوا
وحدهم او مع شهود العلة وهي التعليق فان رجعوا مع شهود اليمين لا يضمنون
وعند زفر يضمنون لان التلف حصل بشهادة الفريقين جميعا قلنا شهود
اليمين اثبتوا الشهادة وهم العلة الموجبة للحكم وهو قوله انت حر او انت طالق
والاخرون اثبتوا الشرط والشرط لا يعارض العلة في اضافة الحكم اليه لان
الحكم يضاف الى العلة حقيقة لانه هو المؤثر فيه والى الشرط مجازا لانه موجود عند
الشرط والمجاز لا يعارض الحقيقة وان رجع شهود الشرط وحدهم يضمنون
عند بعض مشايخنا رحمهم الله لان الشرط اذا لم يعارضه العلة صلح لاضافة
الحكم اليه وصار علة لان العلل لم تجعل علة لذواتها مجازا فجعلنا الشروط
والصحيح ان شهود الشرط لا يضمنون بحال بما مضى عليه في الزيادات واليه
مال شمس الائمة السرخسي وابي الافضل فخر الاسلام علي البزدوي واذا شهد
شاهدان بالتفويض وشاهدان بالايقاع ثم رجعوا كان الضمان على شاهد
الايقاع لانه العلة والتفويض شرط والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب الوكالة

الوكالة الحفظ ومنه الوكيل في اسماء الله تعالى ولهذا قلنا فيمن قال وكلتك
بمالي ملك الحفظ فقط وقيل تركيبه يدل على معنى التفويض والاعتماد ومنه
التوكل يقال على الله توكلنا اي فوضنا امورنا والتفويض التوكيل تفويض
التصرف الى الغير وسمي الوكيل وكيلا لان الموكل وكل اليه القيام بامره
اي فوضه اليه واعتمد فيه عليه والوكيل القائم بما فوض اليه وهو مشروع
باجماع الامة وقد وكل رسول الله صلى الله عليه وسلم حكيم بن حزام بشراء
الاضحية وقال الله تعالى حكاية عن اصحاب الكهف فابعثوا احدكم بورقكم
هذه الى المدينة الاية وكان البعث منهم بطريق الوكالة وشريعة من قبلنا
شريعة لنا ما لم يظهر نسخه ولان الانسان قد يعجز عن مباشرة التصرفات وعن
حفظ ماله فيحتاج الى الاستعانة بغيره اشد الاحتياج فيكون مشروعا
دفعا للحرج والفاظها كل لفظ يدل على الاطلاق كقوله وكلتك او فوضت
او احببت او رضيت او شئت او اردت ولو قال لا انهاك عن طلاق امرأة
لا يكون وكيلا **قال** صح التوكيل لما بينا من المبادلة **قال** وهو
اقامة الغير مقام نفسه في التصرف اي التصرف الجائز المعلوم هذا

في الشريعة حتى ان التصرف اذا لم يكن معلوما يثبت به ادنى تصرفات الوكيل
وهو الحفظ فقط وهو في اللغة ما بينا من قبل **قال** ممن يملكه اي ممن
يملك التصرف لان شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف لان الوكيل
يستفيد ولاية التصرف منه ويقدر على التصرف من قبله فلا يتصور ان
يستفيد الولاية ممن لا ولاية له ولا قدرة له على التصرف وقيل هذا على
قول ابي يوسف ومحمد واما على قول ابي حنيفة فالشرط ان يكون حاصله مما
يملكه الوكيل فاما كون الموكل مالكا للتصرف فيه فليس بشرط حتى يجوز عنده
توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد
وقيل المراد ان يكون مالكا للتصرف نظرا الى اصل التصرف وان امتنع في
بعض الاشياء بعارض النهي ولا بد من ان يكون الموكل ممن يلزمه الاحكام
لان المطلوب من الاسباب احكامها فاذا كان ممن لا يثبت له الاحكام لا يصح
توكيله كالصبي والعبد المحجور عليهما **قال** اذا كان الوكيل يعقل
العقد ولو صبيا او عبدا محجورا يعني يصح التوكيل بشرط ان يكون الوكيل
ممن يعقل البيع وغيره من العقود ولو كان الوكيل صبيا او عبدا محجورا عليهما
والمراد ان يعرف ان البيع سالب للمبيع وجالب للثمن والشراء على عكسه
ويعرف الغبن الفاحش من اليسير ويقصد بذلك ثبوت الحكم او الربح لا
الهزل لان الوكيل قائم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل
العبارة ليكون قادرا على التصرف وذلك بالعقل **قال** وبكل ما يعقد
بنفسه اي يجوز التوكيل بكل شيء جاز ان يعقده بنفسه لما ذكرنا من الحاجة
والمبادلة ولا يرد على هذا الوكيل حيث لا يجوز له ان يوكل فيما وكل فيه لان
المراد به ان يعقده بنفسه لنفسه لا ما استفاده من جهة غيره من التصرفات
لان ذلك ينفذ بامر امره ولذا لا يرد جواز توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر
ونحوه لانه عكس والنقض يكون على الطرد ويرد عليه الاستقراض فانه
يجوز ان يباشره بنفسه لنفسه ولا يجوز له ان يوكل فيه حتى لو وكل به واستقرض
له الوكيل كان له لا للموكل لان البدل في باب القرض لا يجب دينا في ذمة
المستقرض بالعقد وانما يجب بالقبض والامر بالقبض لا يصح لانه ملك الغير
بخلاف البيع لان حكمه يثبت بالعقد فله ان يقيم غيره فيه مقامه وبخلاف
الرسالة في الاستقراض لان الرسالة موضوعة لنقل عبارة المرسل لان
الرسول يعبر في العبارة ملك المرسل فقد امر بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة
فيصح واما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل فان العبارة للوكيل
ولهذا حقوق العقد ترجع اليه وعن ابي يوسف ان التوكيل بالاستقراض جائز

قال: وبالخصومة في الحقوق برضا الخصم إلا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا
مدة السفر أو مريدا للسفر أو مخدرة أي يجوز التوكيل بالخصومة في جميع
الحقوق بشرط أن يرضى الخصم إلا إذا كان متعذرا بعذر من الأعذار التي
ذكرها فحينئذ يجوز بغير رضى الخصم وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه
وقالا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضى الخصم وإن لم يكن به عذر وهو
قول الشافعي رضي الله عنه لأنه وكل بما هو خالص حقه فيصح بدون رضى
الخصم كالتوكيل بالقبض والإنفاق ولأن الحاجة ماسة إلى التوكيل بها
إذ لا يهتدي إليها كل أحد ولا يرضى بها عند الحكام كل أحد وقال عبد الله
ابن جعفر رضي الله عنه كان علي لا يحضر خصومة أبدا وكان يقول إن
الشيطان يحضرها وإن كان لها قحما وكان إذا خوصم في شيء من أمواله وكل
عقيلا فلما كبر عقيل وكل عبد الله بن جعفر فقال هو وكيلي فيما قضي عليه
فهو علي وما قضي له فهو لي ولأنه يملك مباشرتها بنفسه من غير رضى خصمه
فكذا يملك التوكيل بها من غير رضا الخصم كسائر حقوقه ولأبي حنيفة أن
التوكيل حوالة وهي لا تجوز إلا برضى المحال عليه فكذا التوكيل وهذا لأن
الخصومة تختلف والجواب مستحق عليه فصار نظير الحوالة ألا ترى
أنه لا يوكل إلا من هو أكد وأشد إنكارا ويلحقه بذلك ضرر عظيم فلا
يلزمه بدون التزامه كالحوالة بخلاف ما إذا كان به عذر من الأعذار
التي ذكرناها لأن الجواب غير مستحق عليه في هذه الحالة فلا يكون فيه
إسقاط حق مستحق عليه ولا يقبل قوله إني أريد أن أسافر لكن القاضي
ينظر في حاله وفي عدته فإنه لا يخفى هيئة من يسافر والمتأخرون من أصحابنا
اختاروا للفتوى إذا القاضي إذا علم من الخصم التعنت في الإباء من
قبول التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل من الموكل من غير رضاه
وإن علم من الموكل قصد الإضرار بخصمه لا يقبل منه التوكيل إلا برضاه وهو
اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله ومن الأعذار الحيض من المدعى عليها
إذا كان الحاكم في المسجد والحبس إذا كان من غير القاضي الذي ترافعوا إليه
قال: وبإيفائها واستيفائها إلا في حد وقود إن غاب الموكل أي يجوز
التوكيل بإيفاء جميع الحقوق وباستيفائها إلا باستيفاء الحدود والقصاص
فإنه لا يجوز مع غيبة الموكل عن المجلس لأنها تسقط بالشبهات فلا تستوفى
بما يقوم مقام الغير لما فيه من نوع شبهة على ما نبين قال الشافعي رحمه الله
يستوفى القصاص في حال غيبة الموكل لأنه حق العبد ولنا أنه عقوبة
تسقط بالشبهات وشبهة العفو ثابتة في حال غيبة الموكل لجواز أن يكون

الموكل قد عفى بل هو الظاهر إذ العفو مندوب إليه قال الله تعالى فمن
تصدق به فهو كفارة له بخلاف ما إذا كان الموكل حاضرا لأنه لا يتمكن
فيه شبهة العفو وقد يحتاج الموكل إلى ذلك لقلة هدايته في الاستيفاء
أو لأن قلبه لا يحتمل ذلك بخلاف الاستيفاء في غيبة الشهود لأن رجوعهم
نادر فلا يتوهم ويجوز التوكيل بإثبات القصاص وحد القذف والسرقة
بإقامة البينة فإذا قامت وثبت الحق فللموكل استيفاؤه وقال أبو يوسف
لا يجوز التوكيل بإثباتها أيضا كما لا يجوز باستيفائها وقول محمد مضطرب
والأظهر أنه مع أبي حنيفة إلا أنه يجوزه من غير عذر ولا رضا الخصم وعند أبي ح
لا يجوز إلا بأحدهما وقيل هذا الخلاف في حال غيبة الموكل وأما حال حضرته
فهو جائز إجماعا لأن كل كلام يوجد من الوكيل ينتقل إلى الموكل إذا لم يكن فيه
عهدة على الوكيل لما عرف في موضعه لأبي يوسف أن الوكيل بمنزلة البدل عن
الأصل ولا مدخل للأبدال في هذا الباب ولهذا لا يجوز فيه الشهادة على
الشهادة ولا كتاب القاضي إلى القاضي ولا شهادة النساء ولا من الأخرس
لأن شهادته إشارته تدل عن العبارة ولأن المقصود من الإثبات الاستيفاء
فإذا لم يصح به لا يصح بإثباته أيضا ولهما أن التوكيل تناول ما ليس
بحد ولا قصاص ولا يضاف وجوب الحد إلى الخصومة فيصح التوكيل فيها
كما في سائر الحقوق وهذا لأن وجوب الحد مضاف إلى الجناية وظهوره مضاف
إلى الشهادة والخصومة شرط محض لا أثر لها في الوجوب ولا في الظهور إذ
الحكم لا يضاف إلى الشرط ويمكن التدارك إذا وقع فيه الغلط بخلاف الاستيفا
وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص
وكلام أبي حنيفة فيه أظهر لأن التوكيل فيه وقع بدفع دعوى القصاص والحدود
ودفعها يثبت مع الشبهة حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة
وبشهادة النساء مع الرجال غير أن إقرار الوكيل لا يقبل عليه استحسانا
لأن فيه شبهة عدم الأمر به والتوكيل بإثبات حد الزنا والشرب لا يصح اتفاقا
لأنه لا حق لأحد فيه وإنما يقام بالبينة على وجه الحسبة فإذا كان أجنبيا
عنه لا يجوز توكيله به قال: والحقوق فيما يضيفه الوكيل إلى نفسه
كالبيع والإجارة والصلح عن إقرار تتعلق بالوكيل إن لم يكن محجورا
كتسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن والرجوع عند الاستحقاق والخصومة
في العيب والملك يثبت للموكل ابتداء لا يعتق قريب الوكيل بشرائه
وقال الشافعي تتعلق بالموكل لأن الحقوق تبع للحكم وليست بأصل والوكيل
ليس بأصل في حق الحكم فلا يكون أصلا في حق الحقوق التي هي من توابع الحكم

فصار كالرسول او الوكيل بالنكاح واخواته ولنا ان الوكيل اصل في العقد
لان العقد يقوم بالكلام وصحة كلامه باعتبار كونه آدميا عاقلا فقضيته
ان يكون الحاصل بالتصرف واقعا له غير ان الموكل لما استنابه في تحصيل
الحكم جعلناه نائبا في حق الحكم للضرورة كيلا يبطل مقصوده وراعينا
الاصالة في حق الحقوق اذ لا ضرورة في حقها والدليل على انه اصل في العقد
استغناؤه عن اضافته الى الموكل ولو كان سفيرا كما زعم لما استغنى عن اضافته
اليه كالرسول وكالوكيل بالنكاح واخواته حتى اذا اضافه الى نفسه كان
له دون الموكل بخلاف ما نحن فيه فانه لا يتعذر اضافة العقد اليه وايقاع
الحكم للموكل فاذا اضافه اليه كان اصيلا فيه فيقع له فيما لا ضرورة فيه وهي
الحقوق من تسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن وتسليمه والرجوع عليه بالثمن
عند استحقاق ما باع او رجوعه هو بالثمن على بايعه عند استحقاق ما اشترى
والخصومة في العيب وغير ذلك من حقوق العقد ولا نسلم ان الحكم يقع له
في رواية بل يقع للوكيل ثم ينتقل اليه فيكون شبها بادلة حكمية قلنا
انه منع والصحيح انه يقع للموكل ابتداء خلافة عنه بمعنى ان الوكيل اصل في
حق الكل لكن في حق الحكم يخلفه الموكل فيقع له من غير ان يكون اصلا فيه
كالعبد يتهب او يصطاد ولهذا لا يعتق على الوكيل اذا اشترى قريبه بالوكالة
وهو المراد بقوله والملك يثبت للموكل ابتداء الى اخره وكذا اذا اشترى
زوجته بالوكالة لا يفسد النكاح لما ذكرنا وفي حق الحقوق لم يخلفه فاذا
كان اصلا في حق الحقوق جاز توكيله فيها ولا يجوز توكيل الموكل فيها لانه
اجنبي عنها وفي قوله تتعلق بالوكيل اذا لم يكن محجورا اشارة الى ان العبد
والصبي المأذون لهما تتعلق بهما الحقوق ويلزمهما العهدة وان كانا
وكيلا مطلقا وفي الذخيرة ان كان وكيلا في البيع بثمن حال او مؤجل جاز بيعه
ولزمته العهدة وان كان وكيلا بالشراء فان كان بثمن مؤجل لا تلزمه العهدة
قياسا واستحسانا بل تكون العهدة على الآمر حتى يطالب البايع الآمر بالثمن
دون المباشر لان ما تلزمه من العهدة ضمان كفالة وليس بضمان ثمن لان
ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشترى وهذا لا يفيد فيه وانما
يلتزم مالا في ذمته واستوجب مثل ذلك على موكله وهذا هو معنى الكفالة
وهو لا يلزمه ذلك وان كان بثمن حال ففي القياس لا تلزمه العهدة وفي
الاستحسان تلزمه لانه ما تلزمه ضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك
في المشترى وهنا يملك المشترى من حيث الحكم فانه يحبس المبيع بالثمن حتى يستوفيه
من الموكل كما لو اشتراه لنفسه ثم باعه منه وهو من اهل التزام الثمن بخلاف

ثم

ما اذا كان الثمن مؤجلا لانه لا يملك المشترى لا حقيقة ولا حكما حتى لا يملك
حبسه به وكان ضمان كفالة من حيث المعنى وفي الايضاح اذا امره ان يشتري
له بالنقد فاشترى كما امره فالشراء جائز والعهدة عليه وكان القياس ان لا
يجوز لانه يلزمه العهدة في تسليم الثمن فيصير بمنزلة الكفالة وانما جوزنا
استحسانا لانه وان لحقته العهدة كان له ان يرجع على الذي امره به ويحبس
المبيع عنه فيصير الحق كالمتعلق بالمبيع فيخرج من ان يكون تبرعا ولو امره بالشراء
نسيئة فاشتراه كما امره كان ما اشتراه له دون الآمر لان الشراء اذا كان نسيئة
لا يملك حبس المبيع فظهر معنى التبرع بالتزام الدين فلا يصح واذا لم تصح الوكالة
صار مشتريا لنفسه وفيه اشارة ايضا الى ان المحجور عليه لا تتعلق به الحقوق
لانه لا يصح منه التزام العهدة لقصور اهلية الصبي ولحق مولى العبد فتتعلق
بالموكل كما في الرسول والقاضي وامينه ثم العبد اذا اعتق تلزمه تلك العهدة
والصبي اذا بلغ لا تلزمه لان المانع من لزوم العهدة في حق العبد حق المولى
وهو من اهل الالتزام وقد زال حقه فتلزمه والمانع في حق الصبي حق نفسه
ولا يزول بالبلوغ ولو قبضه مع هذا يصح قبضه لانه هو العاقد وكان
اصيلا فيه فانتفاء اللزوم لما ذكرنا لا يدل على انتفاء الجواز ولو كان المأمور
مرتدا جاز تصرفه لانه من اهل العبارة فتعتبر عبارته ولكن يتوقف حكم العهدة
عند ابي حنيفة فان اسلم كانت عليه والا فعلى الموكل وعندهما عليه على كل حال
وهو فرع اختلافهم في تصرفاته لنفسه قال وفيما يضيفه الى الموكل
كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد او عن انكار تتعلق بالموكل فلا يطالب
وكيله بالمهر ووكيلها بتسليمها اي في كل عقد يضيفه الى الموكل فحقوقه تتعلق
بالموكل وذلك كالنكاح الى اخره لان الوكيل فيها سفير محض ولهذا لا يستغني
عن اضافته الى الموكل حتى لو اضافه الى نفسه وقع النكاح له فصار كالرسول
فلا يتصور ان يكون السبب صادرا من شخص على سبيل الاصالة والحكم واقع
لغيره فجعلناه سفيرا وهذا لان الحكم هنا لا يقبل الفصل عن السبب لانها
من قبيل الاسقاطات اما غير النكاح فظاهر وكذا النكاح لانها تسقط
مالكيتها بعقد النكاح ولان الاصل في الابضاع الحرمة وكان اسقاطها
للحرمة نظرا الى الاصل وانما يثبت الملك ضرورة ليتمكن من الوطء ولهذا لا
يظهر في حق الفسخ والتمليك من الغير وفيما ورد الوطء فهو اسقاط حرمة
على الاصل اذ الحرمة تنافي الملك والساقط متلاش فلا يجوز ان يسقط في
حق الوكيل ثم يسقط ثانيا في حق الموكل بالانتقال لان الساقط لا يعود
الا في حق الوكيل ثم يسقط ثانيا في حق الموكل بالانتقال لان الساقط لا يعود

الا بسبب جديد فكان حكم النكاح ثابتا لمن اضيف اليه ابتداء فهو الموكل بخلاف
البيع فان حكمه يقبل الفصل عن السبب كما في البيع بشرط الخيار فجاز ان يصدر
السبب من شخص اصالة ويقع الحكم لغيره وهذا لان المحل فيه خلق متاحا قابلا
للتمليك بطريق الاصالة وذلك الحكم مما يقبل الانتقال من ملك الى ملك فجاز
ان يملكه شخص ثم ينتقل عنه الى شخص فجاز ان يصدر السبب من شخص ويقع الحكم
لغيره فلا حاجة الى جعله عن اصل لجواز الانتقال عنه بيع من ذلك ومن
اخوات هذا النوع العتق على مال والكتابة والهبة والتصدق والاعارة
والايداع والاقراض والرهن والشركة والمضاربة لان الحكم فيها يثبت بالقبض
وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصلا فيه بل سفيرا ومعبرا وكذا اذا كان
التوكيل من جانب الملتمس لما ذكرنا لكن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت فيه
الملك للموكل لما ذكرنا من قبل ولان المستقرض يلتزم بدل القرض في ذمته فيصير
سفيرا كما لو قال بع شيئا من مالك على ان يكون عوضه لي وذكر التوكيل بالشحاذة
فكان باطلا وما استقرضه فلنفسه وله ان يمنعه من الامر ولو هلك هلك من ماله
بخلاف غيره من هذه الصور فانه لم يشترط بدل يلزمه حتى يكون بيع ماله بشرط ان
يكون العوض لغيره وانما حكمه يثبت بالقبض والوكيل اجنبي عن المحل فلا يمكن
ان يكون اصيلا فيه فصار سفيرا عن المالك بخلاف البيع لانه يتعلق بالعبارة
حيث يتعلق حكمه وحقوقه بها ومتى له فلم يكن اجنبيا بل اصيلا فيه **قال**
وللمشتري منع الموكل عن الثمن يعني اذا وكل رجل رجلا ببيع شيء فباعه ثم ان
الموكل طالب المشتري بالثمن له منعه لان الموكل اجنبي عن العقد وحقوقه
لانها تتعلق بالعاقد على ما بينا **قال** وان دفع اليه اي الى الموكل صح
ولا يطالبه الوكيل ثانيا لان المقبوض حقه فلا فائدة في نزعه منه ثم رده
عليه ويبرأ ذمة المشتري لوصول الثمن الى مستحقه بخلاف ما اذا باع
مال اليتيم ودفع المشتري الثمن الى اليتيم حيث لا تبرأ ذمته بل يجب عليه ان
يدفع الثمن الى الوصي ثانيا لان اليتيم ليس له قبض ماله اصلا فلا يكون له
الاخذ من المديون فيكون الدفع اليه تضييعا فلا يعتد به واما الموكل في مسئلتنا
فيتصرف في ماله ولا يتقدم احد عليه فيه فيكون قبضه معتبرا وبخلاف
الوكيل في الصرف اذا صارف وقبض الموكل بدل الصرف حيث يبطل الصرف
ولا يعتد بقبضه لان جواز الصرف متعلق بالقبض قبل الافتراق فكان القبض
فيه بمنزلة الايجاب والقبول وهما يتعلقان بالعاقد فكذا القبض
في الصرف وقبض الثمن في مسئلتنا ليس كالايجاب والقبول وانما جاز هو
لوصول حقه اليه ولهذا لو كان للمشتري دين على الموكل تقع المقاصة بمجرد

العقد

العقد لوصول الحق اليه بطريق التقاص ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة
بدين الموكل دون دين الوكيل ولو كان له دين على الوكيل فقط وقعت المقاصة
به ويضمن الوكيل للموكل لانه قضى دينه بمال الموكل بخلاف الصرف حيث لا يقع
المقاصة بالدين لان القبض فيه كالايجاب والقبول فلا بد من وجوده حقيقة
او حكما باضافة العقد الى الدين وهذا عندهما وقال ابو يوسف لا تقع
المقاصة بدين الوكيل وهو مبني على جواز ابراء الوكيل بالبيع من الثمن فعندهما
يجوز ابراؤه فكذا تقع المقاصة بدينه وعنده لا يجوز فلا تقع ووجه
البناء ان المقاصة ابراء بعوض فيعتبر بالابراء بغير عوض ولهذا لو كان له
عليهما دين كانت المقاصة بدين الموكل في قول عندهما كما لو ابرأه معا
فانه يبرأ بابراء الموكل حتى لا يلزم الوكيل ضمانه وقول ابي يوسف استحسان
ووجهه ان الثمن الذي في ذمة المشتري ملك الموكل لانه بدل ملكه
وابراؤه تصرف فيه على خلاف ما امر به فلا ينفذ كما لو قبض الثمن ثم وهبه
للمشتري ودليل الخلاف ظاهر ولهذا يضمن ضمانا ووجه قولهما ان الابراء
اسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل الا ترى ان الموكل ليس
له ان يمنعه من ذلك ولو اراد ان يقبض بنفسه لا يمكن من ذلك فكان هو
بالابراء ممتنعا عن القبض مسقطا حق نفسه فيصح منه الا انه بالقبض يتعين
ملك الامر في المقبوض فاذا اسقط عليه هذا الباب بابرائه ضمن ضمانا
له بمنزلة الراهن اذا اعتق المرهون ينفذ اعتاقه لمصادفته ملكه ويضمن
للمرتهن لانسداد باب الاستيفاء عليه من مالية العبد بالاعتاق وعلى
هذا الخلاف ابراء الولي والوصي فيما باعاه من مال الصغير

باب الوكالة بالبيع والشراء

الاصل ان الجهالة اذا كانت تمنع الامتثال ولا يمكن دركها تمنع صحة
الوكالة والا فلا والجهالة ثلاثة انواع جهالة فاحشة وهي الجهالة
في الجنس فتمنع صحة الوكالة سواء بين الثمن او لم يبين كما لو وكله بشراء
ثوب او دابة ونحو ذلك والثانية جهالة يسيرة وهي ما كانت في النوع
المحض كما لو وكله بشراء فرس او حمار او ثوب هروي او مروي او نحو ذلك
فانه يجوز الوكالة به وان لم يبين الثمن وقال بشر لا يجوز والحجة عليه ما
روي انه عليه الصلاة والسلام وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للاضحية
ولان جهالة النوع لا تخل بالمقصود ويمكن رفعها بصرف التوكيل الى ما
يليق بحال الموكل حتى لو ان عاميا وكل رجلا بشراء فرس فاشترى فرسا
يصلح للملوك لا يلزمه والثالثة جهالة بين النوع والجنس كما لو وكله

يشتري عبدا او جارية ان بين الثمن او النوع بان قال عبدا تركيا او حبشيا او
نحو ذلك جازت الوكالة وان لم يتبين واحدا منهما لم يجز لانه ببيان الثمن
يعلم مراد نوع يريد وببيان النوع يعلم ثمنه فتنتفي الجهالة بعد ذلك
يسيرة وهي لا تمنع صحة الوكالة بخلاف ما اذا كانت الجهالة في الجنس
حيث تمنع صحة الوكالة ان يبين الثمن لانه يوجد بذلك القدر من الثمن
من كل نوع فلا تنتفي الجهالة قال امره بشراء ثوب هروي او مروي او
فرس او بغل ثم سمى ثمنا او لا لانه لم تبق الجهالة بعد اعلام الجنس الا
في الصفة وهي محتملة في الوكالة لان الوكيل قادر على تحصيل مقصود
الموكل بان ينظر في حاله اذ اختلاف الصفة لا يوجب اختلاف المقصود
ولا يشترط في مثله تسمية الثمن لصحة الوكالة لانه ببيان الجنس الثمن
يصير معلوما عادة فصار كما لو وكله بشراء ثوب هروي على الصفة كان
ولانا لو شرطنا الاستقصاء في الصفة والبيان في النوع ربما لا يتمكن
الوكيل من القيام بذلك وضاق الامر على الناس وحرجوا والحرج
مدفوع قال وشراء عبد ودار جاز ان سمى ثمنا والا فلا لان هذه الجهالة
متوسطة بين الجنس والنوع وليست بفاحشة ولا يسيرة فاذا بين ثمنه علم
من اي نوع مقصوده لان ثمن كل نوع من العبيد معلوم بين الناس والتحق
بجهالة النوع بذلك فجازت الوكالة به وان لم يبين ثمنه التحق بجهالة
الجنس فلم تجز الوكالة به وهذا لانه باعتبار منفعة العمل جنس واحد وباعتبار
منفعة النظر والجمال اجناس مختلفة فان الجمال منفعة مطلوبة من بني
ادم ولهذا احصل رؤية الوجه من بني ادم كرؤية الكل بحصول العلم بالمقصود
وهو الجمال لكونه مجمع المحاسن وباعتبار هذه المنفعة يختلف التركي
والهندي والسندي والحبشي والتكروري ولذا اذا بين نوعه يجوز الوكالة
به لحصول العلم بمقصوده لانا لما جازت الوكالة به اذا بين ثمنه لكونه
معلوم النوع فعند التصريح بنوعه اولى ان يجوز قال وشراء ثوب او
دابة لا وان سمى ثمنا يعني لو وكله بشراء دابة او ثوب لا يصح التوكيل وان
بين ثمنه لان هذه جهالة في الجنس ولا يتمكن الوكيل من الامتثال لتفاحش
الجهالة لان ما من نوع يشتريه الوكيل من انواع ذلك الجنس الا ويمكن الموكل
ان يقول اني عنيت خلافه والامر بما لا يمكن الامتثال به باطل فتلخص لنا
من جميع ما ذكرنا ان الجهالة اذا كانت في الجنس لا يجوز الوكالة به
مطلقا وان كانت في النوع يجوز مطلقا وان كانت ما بينهما بان كانت
انواعا فان ذكر الثمن او النوع جازت والتحق بالثاني وان لم يبين التحق

بالاول

بالاول فلم يجز والجنس ما يدخل تحته انواع متغايرة والنوع اسم لاجل ما يدخل
تحت اسم فوقه وقيل الجنس اسم دال على كثيرين مختلفين بالنوع والنوع
اسم دال على كثيرين مختلفين بالشخص وقيل كل اسم ينتظم اشياء نوع
باعتبار ما فوقه جنس باعتبار ما دونه هذا الذي ذكرناه كله اذا لم
يكن فيه دلالة على العموم وان كان فيه دلالة على العموم بان قال اشتر لي
ما رأيت جازت الوكالة لانه فوض الامر الى رأيه فاي شيء اشتراه له يكون
ممتثلا وكذا لو قال اشتر لي بالف ثيابا او دواب او شيئا او ما شئت او ما رأيت
او اي شيء حضرك او ما يوجد او ما يتفق جاز لانا نتمم دلالة التفويض
الى رأيه ولذا لو قال اشتر لي بالف وبع جازت الوكالة ويصير الوكيل
مستقرضا للالف منه ويصير البائع قابضا للآمر لا بحكم القرض ثم يصير
قابضا لنفسه وكذا اذا قال اجعله بضاعة لي لان لفظ البضاعة يدل
على العموم وكذا لو قال اشتر لي به ولم يزد عليه فانه يصح استحسانا لانه
تفويض عام وكانه قال اشتر لي ما بدا لك او قال سلطتك على الشراء
ولذا لو قال اذنت لك ان تشتري به لما بينا قال وشراء الطعام يقع
على البر ودقيقه اي لو وكله بشراء طعام ينصرف الى الحنطة ودقيقها
حتى لا يكون له ان يشتري له غيرهما من الطعام والقياس ان يتناول كل مطعوم
لانه اسم له كما لو حلف لا يأكل طعاما وجه الاستحسان ان الطعام مقرونا
بالبيع او الشراء يراد به البر عادة ودقيقه ولا عرف فيما اذا كان مقرونا
بالاكل فيبقى على حقيقته فيحنث باكل اي طعام كان حتى لو حلف لا يشتري
او لا يبيع طعاما لا يحنث الا بالبر لما ذكرنا وقيل ان كانت الدراهم كثيرة
فعلى البر وان كانت قليلة فعلى الخبز وان كانت بين الامرين فعلى الدقيق
والفارق في ذلك العرف ويعرف بالاجتهاد حتى اذا عرف انه بالكثير من الدراهم
يريد به الخبز بان كان عنده وليمة يتخذها جاز له ان يشتري الخبز لانه
لا حالة تدل على انه ما يشتريه للادخار وهو المرجح لجانب الحنطة اذ الخبز
لا يقبل الادخار وكذا الدقيق لا يقبله طويلا فتعين البر للادخار
وهو في الكثير عادة وقال بعض مشايخ ما وراء النهر الطعام في عرفنا ينصرف
الى ما يمكن اكله يعني المهيأ للاكل كاللحم المطبوخ والمشوي ونحو ذلك
وقال الصدر الشهيد رحمه الله وعليه الفتوى واذا لم يدفع اليه دراهم
وقال اشتر لي طعاما لم يجز على الامر لانه وكله ان يشتري له مكيلا ولم يبين
له مقداره وجهالة القدر في المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من
حيث ان الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الامر بما سمي له قال ولو وكل

الرد بالعيب ما دام المبيع في يده يعني من غير امر الموكل لان الرد بالعيب من حقوق
العقد وهي كلها تتعلق بالوكيل دون الموكل فيستبد به **قال** ولو سلمه
الى الآمر لم يرده الا بامره لان حكم الوكالة قد انتهى بالتسليم اليه ولان في رده
بغير اذنه ابطال ملكه ويده الحقيقية فلا يمكن منه بدون رضاه ولانه
اصيل في حق الحقوق ونائب في حق الحكم على اصح الاقوال فكان له جانبان
فجانب النيابة يمنعه الرد وجانب الاصالة لا يمنعه فعملنا بجانب الاصالة
قبل الدفع الى الموكل وبجانب النيابة بعده وقد امكن العمل بهما بهذا الطريق
ولو رضي الوكيل بالعيب جاز ويسقط حق الرد لما ذكرنا انه اصيل في الحقوق
وهذا على قولهما ظاهر لانه يملك الابراء عن الثمن فعن العيب اولى واختلف
المشايخ على قول ابي يوسف فقال بعضهم صح الابراء وفرقوا بين هذا وبين الابراء عن
الثمن بان الابراء عن الثمن يحتمل ان يكون مضرا به لاحتمال ان يكون المشتري
املى من الوكيل فاذا ابرئ تبقى دينه في ذمة الوكيل وهو مفلس فيتضرر بخلاف
الابراء عن العيب لان الموكل فيه على خياره ان شاء رضي بالعيب واخذه وان
شاء رده على الوكيل اذ لا يلزم الموكل بابرائه ولا يسقط خياره به وهذا لان
بينهما مبادلة حكمية كان الوكيل باعه من الموكل ولهذا يحبس الوكيل المبيع
حتى يستوفي الثمن من الموكل فاسقاط حقه في العقد الاول لا يلزم منه سقوط
حق من اشتراه منه **قال** وحبس المبيع بثمن دفعه من ماله الى الوكيل بالشراء
اذا اشترى ودفع الثمن من ماله للبائع فله ان يحبس المبيع بالثمن الذي دفعه
للبائع من ماله لما ذكرنا ان المبادلة الحكمية قد جرت بينهما وصار الوكيل
كالبائع والموكل كالمشتري منه ولهذا لو وجد الموكل به عيبا يرده عليه
ولو اختلفا في الثمن تحالفا وسلامة المبيع له من جهة الوكيل فيرجع عليه
بثمنه ولان توكيله اياه مع علمه بان الحقوق ترجع اليه اذن منه بدفع الثمن
عنه من ماله فصار كما لو اذن صريحا فيرجع به عليه ويحبس عنه المبيع حتى
يدفع اليه لتنزله منزلة البائع وقوله بثمن دفعه من ماله وقع اتفاقا
لانه لو لم يدفع الثمن ايضا له ان يحبسه عنه وهذا لانه لما تنزل منزلة المشتري
منه اخذ حكمه والمشتري لا يمكن من اخذه حتى يوفيه ثمنه كما لو كان بائعا له
حقيقة تحقيقه ان حبس المبيع عن الموكل ليس لاجل نقد الثمن عنه بل لاجل
انه بائع له كما وهذا المعنى لا يختلف بين ما اذا نقد الثمن او لم ينقد وقال
زفر رحمه الله ليس للوكيل حبس المبيع عن الموكل لانه نائب عنه فيقوم يده
مقام يد الموكل ويكون قبضه قبض الموكل ولا يحبس المبيع بعد القبض وهذا
لان المبيع امانة في يده وليس للامين حبس الامانة بدين له على صاحبها

قلنا

قلنا الموكل ملك المبيع بعقد باشره الوكيل ببدل استوجبه عليه وهذا معنى
البيع فيحبسه به كالوباعه اياه حقيقة وقد ذكرنا ان بينهما مبادلة حكمية
ولهذا يرده الموكل على الوكيل بعيب ويجري التحالف بينهما عند الاختلاف في
الثمن وهذا من خصائص البيع فكذا هذا الحكم وما نسلم ان قبضه قبض الموكل
بل قبضه يجوز ان يكون لما هو حق لنفسه ويجوز ان يكون لتتميم مقصود الموكل
فتعيين الآخرة بحبسه ان القبض كان لحقه وبعدم الحبس كان للموكل وقبل
ذلك الامر موقوف ولا يحكم عليه بشيء وما ذكره هذا القبض لا يمكن التحرز عنه
يكون عفوا فلا يسقط به حقه من غير رضاه اذ في سقوطه ضرر عليه **قال**
فلو هلك في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان
الوكيل في القبض عامل للموكل فيصير قابضا بقبض الوكيل حكما فالم يمنعه
منه لا يكون مستردا له فاذا هلك هلك من مال الآمر وكان له ان يرجع عليه
بخلاف ما اذا حبسه عنه ثم هلك لانه صار مستردا بالحبس اذ تبين به انه
قبضه لنفسه **قال** وان هلك بعد حبسه فهو كالمبيع يعني يهلك بالثمن
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال زفر رحمه الله هو كالغصب فيضمن جميع قيمته
لانه ليس له ان يحبسه عنده فبالحبس يكون متعديا كالمودع يمنع الوديعة
عن صاحبها وقال ابو يوسف هو كالرهن فيكون مضمونا بالاقل من قيمته
ومن الدين لانه صار مضمونا بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن مضمونا به وهذا
هو معنى الرهن بخلاف المبيع فانه مضمون بنفس العقد حبس البائع او لم
يحبسه تحقيقه ان حبسه للاستيفاء بعد ان لم يكن محبوسا به وان اصل العقد
لا ينفسخ بهلاكه وهذا حكم الرهن بخلاف البيع فان المبيع فيه يكون محبوسا
من اول ما يوجد وينفسخ البيع بهلاكه ولهما ان بينهما مبادلة حكمية بدليل
ما ذكرنا من الاحكام فيكون معتبرا بالمبادلة ونحو البيع وما نسلم ان العقد
لا ينفسخ بل ينفسخ بينهما وان لم ينفسخ في حق البائع وكذا لو رضي الوكيل
بالعيب ولم يرض به الموكل ينفسخ العقد بينهما وان لم ينفسخ في حق البائع
والدليل على انه ليس كالرهن انه يثبت في النصف الشائع والحبس بحكم الرهن
لا يثبت فيه فان قيل لو اشتراه الوكيل بثمن مؤجل يثبت الاجل في حق الموكل ولو
كان بينهما مبادلة لما ثبت كما لا يثبت في حق الشفيع قلنا ان الوكيل والموكل
نزلا كان المبيع بعقد واحد فاشتراط فيه يلزمهما بخلاف الشفيع فانه يملكه بعقد
جديد فاشتراطه في العقد الاول لا يكون مشروطا في الثاني **قال**
ويعتبر مفارقة الوكيل في الصرف والسلم دون الموكل لان المستحق منهما
قبض العاقد والعاقد هو الوكيل فيشترط قبضه وان كان لا يتعلق به

المجنون كالصبي او العبد المحجور عليه لان قبضه وتسليمه صحيح وان لم يتوجه
عليه المطالبة ففي حكم صحة التقابض هو كوكيل تتعلق به حقوق العقد فاذا
قبض الوكيل تم العقد لوجود شرطه وان فارقه قبل القبض بطل العقد لفوات شرطه
وان فارقه الموكل قبل القبض لا يبطل لانه ليس بعاقد بخلاف الرسول
فيهما لان الرسالة حصلت في العقد لا في القبض وكلام الرسول ينتقل الى
المرسل فيكون العاقد هو المرسل فيكون قبض الرسول قبض غير العاقد
فلا يجوز وقال في النهاية هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد واما
اذا كان حاضرا في مجلس العقد يصير كان الموكل صارف بنفسه فلا يعتبر
مفارقة الوكيل وعزاه الى جواهر زاده وهذا مشكل فان الوكيل اصيل في
باب البيع حضر الموكل العقد او لم يحضر ثم ذكر فيه نقلا عن المبسوط ان المعتبر
بقاء المتعاقدين في المجلس وغيبة الموكل لا تضر وعزاه الى وكالة المبسوط
واطلاقه واطلاق سائر الكتب دليل على ان مفارقة الموكل لا تعتبر اصلا
ولو كان حاضرا وفي قوله يعتبر مفارقة الوكيل في الصرف والسلم اشارة الى
ان التوكيل فيهما جائز وانما جاز لانه عقد يملكه الموكل فجاز ان يوكل به
كسائر انواع البياعات والاجارات وهذا في الصرف مجرى على اطلاقه فانه
يجوز التوكيل فيه من الجانبين واما في السلم فانه يجوز بدفع راس المال وقبضه
باخذه فلا يجوز لان الوكيل اذا قبض راس المال يبقى المسلم فيه في ذمته وهو
مبيع وراس المال ثمنه ولا يجوز ان يبيع الانسان ماله بشرط ان يكون الثمن
لغيره كما في بيع العين واذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب
المسلم فيه في ذمته وراس المال مملوك له واذا اسلمه الى الامر على وجه التمليك
منه كان قرضا **قال** ولو وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى
عشرين رطلا بدرهم مما يباع منه عشرة بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف
درهم وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يلزمه العشرون بدرهم وذكر في بعض
مختصر القدوري قول محمد مع قول ابي حنيفة ومحمد رحمه الله لم يذكر الخلاف
في الاصل وجه قول ابي يوسف ان هذا خلاف الى خير لان المامور به صرف
الدرهم في عشرة ارطال من اللحم وقد صرفه فيه مع زيادة خير فينفذ عليه كما
اذا امره ان يبيع عبده بالف فباعه بالفين بخلاف ما لو اشترى مما يساوي
عشرين منه رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لانه خالفه
الى شر لان الامر تناول لما يساوي عشرة ارطال منه درهما بدرهم ووجه الاول
انه امره بشراء عشرة ولم يامر باكثر منه فينفذ الزائد عليه والعشرة
على الامر بخلاف ما استشهد به لان الزائد فيه بدل ملكه وبخلاف ما اذا

وكله ان يشتري ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له ثوبين هرويين بعشرة يساوي
كل واحد منهما عشرة دراهم حيث لا يلزم الموكل واحد منهما لان ثمن كل واحد
منهما مجهول اذ لا يعرف الا بالحزر وكذا المشترى للموكل مجهول بخلاف مسئلة
اللحم فانه موزون مقدر فينقسم الثمن على اجزائه قلا وكثرا وهو معلوم يمكن
قسمته بينهما على قدر حصتهما ولا يقال هذا لا يستقيم على قول ابي حنيفة
لانه لا يكون موافقا مثله عنده هنا كما اذا امره ان يطلق امراته واحدة
فطلقها ثلاثا حيث لا يقع عنده شيء وكذا لو اختلف الشهود بمثل هذا
الاختلاف لا تقبل شهادتهم للاختلاف لان الاتفاق فيها شرط لانا نقول
ذاك فيما اذا لم يجد نفاذا على الوكيل واما اذا وجد فينفذ وفي مثله ينفذ
على الامر وهذا لان الشراء لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل اذا وجد نفاذا هو
والعشرة داخلة في العشرين فينفذ العشرين تبقى العشرة بخلاف ما
ذكر في مسئلة الطلاق والشهادة فانها لا تنفذ عليه لعدم الملك ولا على
الموكل لعدم الموافقة والموافقة شرط فيه **قال** ولو وكله بشراء شيء بعينه
لا يشتريه لنفسه معناه لا يتصور ان يشتريه لنفسه بل لو اشتراه ينوي
بالشراء لنفسه او تلفظ بذلك يكون للموكل لان فيه عزل نفسه وهو لا يملك
عزل نفسه والموكل غايب حتى لو كان الموكل حاضرا وصرح بانه يشتريه لنفسه
كان المشترى له لان له ان يعزل نفسه بحضرة الموكل وليس له ان يعزل نفسه
من غير علمه لان فيه تغريرا له بخلاف ما اذا وكل نفس العبد ان يشتريه
له من مولاه او وكل العبد رجلا ان يشتريه له من مولاه فاشترى حيث لا
يكون للامر ما لم يصرح به للمولى انه يشتريه فيهما للامر مع انه وكيل بشراء شيء
بعينه وانما كان كذلك لاختلاف حكمهما على ما تبين من قريب ان شاء الله
تعالى وبخلاف ما اذا وكله ان يزوجه امراة معينة حيث جاز له ان يتزوج
بها لان النكاح الذي اتى به الوكيل غير داخل تحت امره لان الداخل تحت
الوكالة نكاح مضاف الى الموكل فكان مخالفا باضافته الى نفسه فانعزل
وفي الوكالة بالشراء الداخل فيها شراء مطلق غير مقيد بالاضافة الى احد
فكل شيء اتى به لا يكون مخالفا به اذ لا يعتبر في المطلق الا ذاته دون صفاته
ويتناول الذات على اي صفة كانت فيكون موافقا بذلك حتى لو خالف مقتضى
كلام الامر في جنس الشراء وقدره كان مثله على ما نذكر من قريب ان شاء الله تعالى
ولو وكله رجل اخر بان يشتري له ذلك الشيء بعينه فاشتراه له كان للموكل
الاول دون الثاني لانه اذا لم يملك الشراء لنفسه فاولى ان لا يملك الشراء
لغيره **قال** فلو اشتراه بغير النقود او بخلاف ما سمي له من الثمن وقع

للوكيل لانه خالف امره فينفذ عليه وينعزل في ضمن المخالفة وكذا لو وكل هذا
الوكيل رجلا فاشتراه وكيله وهو غائب كان الملك للوكيل الاول لما قلنا
وان اشتراه بحضرته نفذ على الموكل الاول لانه حضره رايه وهو المقصود
فلم يكن مخالفا ولانه اذا كان حاضرا يمكن نقل كلامه اليه على ما ذكرنا في
النكاح بخلاف ما اذا كان غائبا بخلاف الوكيل بالطلاق او العتاق
اذا وكل لغيره وطلق الوكيل الثاني او اعتق بحضرة الاول حيث لا ينفذ
وان حضره رايه لان الوكيل في الطلاق والعتاق كالرسول فلا يتصرف
من عنده بل يبلغ الرسالة فاذا تصرف فقد خالف فلا ينفذ والوكيل
في البيع والشرا بمنزلة المالك وهو اصيل فيه فله ان يتصرف ولهذا لو
فعل ذلك غيره من غير توكيل منه فاجازه الوكيل جاز وفي الطلاق والعتاق
لم يجز والنكاح والخلع والكتابة كالبيع والشرا فيما ذكرنا **قال** وان
كان بغير عينه فالشرا للوكيل الا ان ينوي للموكل او يشتريه بماله اي
اذا وكله بشرا عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا اذا قال نويت
الشرا للموكل او يشتريه بماله والمراد بقوله او يشتريه بماله ان يضيف
العقد اليه وهذه المسئلة على وجوه اما ان يضيف العقد الى ثمن معين
او المطلق من الثمن فان اضافه الى المعين كان المشتري لصاحب ذلك الثمن
لان الظاهر انه يضيف الشرا الى مال من يشتريه له وهذا لان الثمن وان
كان لا يتعين لكن فيه شبهة التعين من حيث سلامة المبيع به وتعين
قدره ووصفه ولهذا لا يطيب له الربح اذا اشترى بالدراهم المغصوبة
ودينه يمنعه من ان يشتريه لنفسه باضافة العقد الى مال غيره لان ذلك
مستنكر شرعا وعادة فلا يرتكبه وقد جرى العرف فيما اذا اشترى لنفسه
ان يضيف العقد الى ماله وهو ليس بمستنكر شرعا وعرفا فيكون المشتري
لمن يملك ذلك الثمن وان نوى خلاف ذلك جريا على مقتضى العرف والشرع
ثم اذا نقد من مال الموكل فيما اشتراه لنفسه يجب عليه الضمان وان اضافه
الى ثمن مطلق فلا يخلو اما ان يتصادقا على وجود النية لاحدهما او على
عدمها او يختلفان فيه فان كان الاول واتفقا على وجود النية لاحدهما
كان لمن نوى له لان الثابت باتفاقهما كالثابت عيانا واتفاقهما حجة
عليهما ولا يلتفت الى النقد ولا عبرة به في هذه الحالة لان له ان يشتري
لنفسه وللموكل فاذا عينه بنيته فقد تعين ويكون بالنقد من مال الموكل
عاصيا فيما اذا نواه لنفسه وان اختلفا في النية يحكم النقد بالاجماع
لان دلالته على التعيين مثل دلالة اضافة الشرا اليه لان الظاهر ان

يفعل

يفعل ما يجوز له شرعا او يجري على عوايده وان اتفقا على انه لم تحضره النية فعند
محمد رحمه الله هو للعاقد لان ما يطلقه الانسان من التصرفات يكون لنفسه
فصار كالمامور بالحج اذا اطلق ولم ينو انه عن المحجوج عنه وعند ابي يوسف يحكم
النقد لان المطلق يحتمل التقييد فبقي موقوفا فمن اي المال نقد فقد عين
المحتمل به فصار كحالة التكاذب بخلاف المامور بالحج فان الحج عبادة وهو
لا يتادى الا بالنية وكان مامورا بان ينوي الحج عن المحجوج عنه فاذا لم يفعل
كان مخالفا واما المعاملات فالنية ليست بشرط فيها فلا يصير بتركها مخالفا
فبقي الحكم موقوفا على النقد والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه
الوجوه حتى يحكم اولا الاضافة فيكون السلم فيه لمن اضاف عقد السلم الى
ماله ثم النية فيكون لمن نوى له اذا تصادقا على النية وان تكاذبا
فيحكم النقد وان تصادقا على انه لم تحضره النية فعلى الخلاف الذي
ذكرنا ومن مشايخنا من قال لا خلاف بين ابي يوسف ومحمد في الشرا فيما اذا
تصادقا على ان النية لم تحضره بل بالاجماع يكون للعاقد وانما الخلاف
في السلم لان للنقد فيه اثرا في تنفيذ العقد فيستدل به على وقوعه لمن نقد
من ماله بخلاف الشرا ففرق هذا القايل لابي يوسف بهذا الفرق وان كان
الثمن مؤجلا فهو للوكيل لان النقود تتعين في الوكالة فاذا اشترى بثمن
مؤجل لم يضف العقد الى ما تعلقت به الوكالة فيكون مخالفا **قال**
وان قال اشتريت للامر وقال الامر لنفسك فالقول للامر وان كان دفع
اليه الثمن فللمامور معناه امره ان يشتري له عبدا بالف مثلا ثم قال
المامور اشتريت لك عبدا وقال الامر اشتريته لنفسك كان القول
قول الامر ان لم يكن الثمن مدفوعا الى الوكيل وان كان مدفوعا اليه كان
القول للمامور وهذه المسئلة على ثمانية اوجه اما ان يكون مامورا بشرا
عبد بعينه او بغير عينه وكل وجه على وجهين اما ان يكون الثمن منقودا
او غير منقود وكل وجه على وجهين اما ان يكون العبد حيا حين اخبر الوكيل
بالشرا او ميتا فان كان مامورا بشرا عبد بعينه فان اخبر بشرايه والعبد
حي قايم فالقول للمامور اجماعا منقودا كان الثمن او غير منقود لانه اخبر عن
امر يملك استينافه والمخبر به في التحقيق والثبوت يستغني عن الاشهاد
فيصدق كقوله لمطلقته راجعتك وهي في العدة وكذبته فان القول
له وبهذا وقع التفصي عن الولي اذا اقر على موليته بالنكاح حيث لا يثبت
النكاح عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا يملك انشاءه شرعا لعدم الشهود اذ
هو لا يثبت الا بالشهود بخلاف الشرا فانه يقدر على انشائه شرعا بدون

الاستشهاد وان كان العبد ميتا حين اخبر فقال هلك عندي بعد الشراء وانكر
الموكل فان كان الثمن غير منقود فالقول للآمر لانه اخبر عما لا يملك استئنافه
لان الميت ليس بمحل لانشاء العقد فيه وغرضه الرجوع بالثمن والآمر منكر فكان
القول قوله وان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور مع يمينه لان الثمن كان
امانة في يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة من الوجه الذي
امره به فكان القول له وان كان العبد بغير عينه فان كان حيا فقال المأمور
اشتريته لك وقال الآمر لا بل اشتريته لنفسك فان كان الثمن منقودا
فالقول للمأمور لانه يخبر عما يملك استئنافه وان لم يكن منقودا فالقول للآمر
عند ابي حنيفة وعندهما القول للمأمور لانه اخبر عما يملك استئنافه فيصح
كما في المعين وعند ابي حنيفة رحمه الله القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه
لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة الزمها للآمر بخلاف ما اذا كان الثمن
منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله في الخروج عن العهدة وفي ضمنه يكون
العبد للآمر تبعا وكم من شيء يثبت ضمنا وتبعا وان لم يثبت قصدا وبخلاف
ما اذا كان العبد معينا لانه لا يملك ان يشتريه لنفسه بذلك الثمن حال
غيبة الموكل على ما بينا من قبل وحاصله ان الثمن ان كان منقودا فالقول
للمأمور في جميع الصور وان كان غير منقود ينظر فان كان الوكيل لا يملك
الانشاء بان كان العبد ميتا فالقول للآمر وان كان يملك الانشاء فالقول
للمأمور عندهما وكذا عند ابي حنيفة في غير موضع التهمة وفي موضع التهمة
القول للآمر قال وان قال بعني هذا لفلان فباعه ثم انكر الامر
اخذه فلان اي رجل قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فاني اشتريه له
فباعه ثم انكر المشتري ان يكون فلان امره فقال فلان انا امرته فانه
يأخذه لان قوله بعني لفلان اقرار منه بانه وكله فاذا انكر الوكالة بعد
صار مناقضا فلا يسمع قوله فيكون العبد للموكل قال الا ان يقول
لم امره به اي الا ان يقول فلان المشتري له لم آمره بالشراء حينئذ لا يأخذه
بل يكون للمشتري لان اقرار المشتري ارتد برده والاقرار مما يرتد بالرد
فينفذ على المشتري لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف بل ينفذ على المشتري
قال الا ان يسلمه المشتري اليه اي الى فلان المشتري له فيكون له
بالتسليم لان اقراره الاول قد ارتد بالرد فصار ملكا للمشتري فاذا سلمه
بعد ذلك الى فلان المشتري له واخذه انعقد بينهما بيعا جديدا بالتعاطي
فيكون العهدة عليه لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره شيئا بغير
امره حتى لزمه ثم سلمه المشتري الى المشتري له ودلت المسئلة على ان التسليم

على

على وجه البيع يكفي لانعقاد البيع بالتعاطي في الخسيس والنفيس وان لم يوجد
نقد الثمن للعرف ولوجود التراضي به وهو المعتبر في باب المعاوضات المالية
لقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض قال وان امره بشراء عبدين
معينين ولم يسم ثمنا فاشترى له احدهما صح لان التوكيل مطلق غير مقيد
بثمن مقدر فيجوز ان يشتري كل واحد منهما بقدر قيمته من الثمن او اقل او
بزيادة يتغابن الناس في مثله وليس له ان يشتري بما لا يتغابن الناس
فيه لان الوكيل بالشراء ليس له ان يشتريه بغبن فاحش بالاجماع بخلاف الوكيل
بالبيع عند ابي حنيفة على ما يجيء من الفرق بينهما له وبخلاف ما اذا امره بهما
فان ذلك فيه خلاف في بعض صوره على ما يجيء وهي المسئلة التي تلي هذه
المسئلة ولانه قد يتعذر الجمع بينهما الا بما لا يتغابن الناس في مثله فيكون
شراء احدهما حيلة لتحصيلهما فوجب القول بالنفاذ قال وبشرائهما
بالف وقيمتهما سوا فاشترى احدهما بنصفه او اقل صح وبالاكثر لا الا ان
يشتري الباقي بما بقي قبل الخصومة اي لو وكله بشراء العبدين بالف
وقيمتهما سوا فاشترى احدهما بنصف الالف او اقل جاز الشراء وباكثر من
نصف الالف لم يجز يعني لم يلزم الآمر قلت الزيادة او كثرت لان مقابلة
الالف بالعبدين وقيمتهما سوا فينقسم عليهما نصفين دلالة فيكون
امرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ضرورة فالشراء بخمسمائة موافقة وباقل
منها مخالفة الى خير وباكثر منها الى شر فلا يلزم الموكل الا ان يشتري
الباقي بما بقي من الالف قبل ان يختصما استحسانا لان غرضه المصرح به وهو
تحصيل العبدين بالالف قد حصل وما ثبت الانقسام الا دلالة والصريح
يفوقها فلا تعتبر معه عند تعارضهما وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس في مثله
وبقي من الالف ما يشترى بمثله العبد الباقي فهو جائز لان التوكيل حصل
مطلقا بلا تقدير ثمن كل واحد منهما بخمسمائة والمطلق يحمل على المتعارف
وهو الشراء بالقيمة او بزيادة يسيرة قدر ما يتغابن الناس فيه ولكن
غرضه تحصيل العبدين بالالف فلا بد من ان يبقى من الالف قدر ما يشترى
بمثله الباقي ليحصل غرضه قال وبشراء هذا بدين له عليه فاشترى
صح ولو غير عين نفذ على المأمور اي لو كان له دين على شخص فوكل الداين
المديون بان يشتري له هذا العبد بذلك الدين فاشترى جاز ولزم
الموكل ولو وكله بشراء عبد غير معين فاشترى لا يكون للآمر بل ينفذ على
المأمور حتى لو مات في يد المأمور مات من مال المأمور والالف عليه فان

فيضمنه الآمر فهو له وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو لازم للآمر في الوجهين
وعلى هذا اذا قال الدائن للمديون اسلم الدين الذي لي عليك الى فلان جاز
وان لم يعين فلانا لم يجز عنده وعندهما يجوز كيف ما كان وكذا الامر بان
يصرف ما عليه من الدين واصله ان التوكيل بالشرا اذا اضيف الى دين لا يصح
عند ابي حنيفة اذا لم يكن البايع او المبيع متعينا وعندهما يصح كيف ما كان
لهما ان النقدين لا يتعينان في المعاوضات عينا كان او دينا ولهذا لو اشترى
شيئا بدراهم على المشتري ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل الشرا ويجب عليه مثله
فاذا لم يتعين صار الاطلاق والتقييد به سوا كان في غير الدين حتى اذا وكله
بان يشتري له عبدا ولم يعين الالف ولا البايع ولا المبيع جاز التوكيل فكذا
هذا فصار كما لو قال تصدق بما لي عليك من الدين على المساكين فانه يجوز
وكذا لو اجر حماما باجرة معلومة وامر المستاجر بالمرمة من الاجرة او اجر دابته
وامر المستاجر ان يشتري من الاجر علفا للدابة وينفق على الدابة فصار
نظير ما لو كان البايع او المبيع متعينا ولابي حنيفة ان النقود تتعين في الوكالة
ولهذا لو قيدها بالعين منها او بالدين منها ثم هلك العين او اسقط الدين
بطلت الوكالة فاذا تعينت فيها كان هذا تمليك الدين من غير من عليه
الدين وذلك لا يجوز الا اذا وكله بقبضه له ثم يقبضه لنفسه وتوكيل المجهول
لا يجوز فكان باطلا كما اذا اشترى بدين على غير المشتري او يكون امرا بصرف
ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط ما لي عليك من
شئت بخلاف ما اذا عين البايع لانه يصير وكيلا عنه بالقبض وهو معلوم
فيصح لتعينه فيصير البايع اولا قابضا له ثم يتملكه وتعيين المبيع تعيين
للبايع وكان به معلوما وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لانه جعل ماله لله
تعالى وهو معلوم لان الفقير ينتصب نايبا عن الله تعالى وقبض حقه فان الله
تعالى محيط بكل شي علما فيكون الفقير الذي يقبضه له معلوما فيصح .
واما مسئلة الحمام ونحوها فقيل هو قولهما ولين كان قول الكل فانما جاز
باعتبار الضرورة لان المستاجر لا يجد الاجر في كل وقت فاقيم الحمام مقام
الاجر في القبض واما مسئلة التصادق بان لا دين عليه بعد الشرا به فلان
النقود لا تتعين في البيع دينا كانت او عينا فاذا لم تتعين لا يبطل البيع
ببطلان الدين اذا لم يتقيد به بخلاف الوكالة فان النقود تتعين
فيها وكلامنا فيها وذكر في النهاية ان النقود لا تتعين في الوكالة قبل
القبض بالاجماع وكذا بعده عند عامتهم لان الوكالة وسيلة الى الشرا
فتعتبر بالشرا وعزاه الى الزيادات والذخيرة فعلى هذا لا يلزمهما ما قاله

ابو

ابو حنيفة والتعليل الصحيح له ان يقال ان تمليك الدين من غير من عليه
الدين لا يجوز فكذا التوكيل به وانما جاز في المعين لكونه امرا له بالقبض
ثم بالتمليك لا يكون توكيلا للمديون بالتمليك وان لم يكن معينا لا يصح الامر
للمجهول فكان توكيلا للمديون بالتمليك في الاسلام والشرا والصرف فلا يجوز
لما ذكرنا فاذا لم يصح التوكيل عنده نفذ الشرا على المامور حتى اذا هلك بعد
القبض يهلك من ماله الا اذا قبضه الامر منه فحينئذ ينعقد البيع بينهما بالتعاطي
فيكون للامر **قال** وبشرا امة اي وكله بشرا امة بالف دفع اليه فاشترى
فقال اشتريتها بخمسماية وقال المامور بالف فالقول للمامور يعني اذا كانت
الامة تساوي الفا لانه امين ادعى الخروج عن عهدة الامانة والامر يدعي عليه
حق الرجوع بخمسماية والمامور ينكر فكان القول قوله وان كانت تساوي
خمسماية لا يلزم الامر لانه خالف امره اذ الامر تناول امة تساوي الفا فينفذ
على المامور ولان فيه غبنا فاحشا فلا يلزم الامر لان المامور لا يملك ان
يخالف الامر ولا ان يشتري بغبن فاحش ولا فرق في ذلك بين ان يشتريها
بالف او بخمسماية لما ذكرنا انه مخالف **قال** وان لم يدفع فللامر اي وان
لم يدفع الامر الالف الى المامور والمسئلة بحالها كان القول للامر وتلزم
الامة المامور وهذا فيما اذا كانت قيمة الامة خمسماية فظاهر لما ذكرنا
من المخالفة والغبن الفاحش وان كانت قيمتها الفا فمعناه انهما يتحالفان
لانهما اختلفا في مقدار ما يجب للوكيل على الموكل وقد جرى بينهما مبادلة
حكمية على ما بيناه من قبل ثم اذا حلفا يفسخ العقد بينهما وتلزم الجارية
المامور لا ينتقض ملك الامر بالفسخ **قال** وبشرا هذا اي وكله بشرا
هذا العبد ولم يسم ثمنا فقال المامور اشتريته بالف وصدقه البايع وقال
الامر بنصفه تحالفا لانهما اختلفا في مقدار الثمن وليس لهما بينة فوجب
المصير الى التحالف كما في المسئلة الاولى وقيل لا يتحالفان هنا لان الخلاف
يرتفع بتصديق البايع اذ هو حاضر فيجعل تصادقهما بمنزلة انشا العقد
في الحال وفي المسئلة الاولى هو غايب فاعتبر الاختلاف والى هذا مال الفقيه
ابو جعفر وقال قاضي خان وهو اصح ومال ابو منصور الى الاول لما ذكرنا
وقول البايع لا يعتبر لانه ان استوفى الثمن فهو اجنبي عنهما وان لم يستوف
فهو اجنبي عن الامر فلا مدخل له وقال في الهداية وهو الاظهر وقال في
الكافي وهو الصحيح وقد نص محمد في الجامع الصغير ان القول للمامور مع
يمينه قالوا ومراده التحالف لكنه اكتفى بذكر يمين الموكل لان الوكيل
هو المدعي ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف فكان المقصود بالتحالف

يعني المدعى دون المنكر اذ ذاك لابد منه والموكل بمنزلة المشتري وهو منكر ولولا
مراده التحالف لكان القول قول الآمر لكونه منكرا وكان يأخذ المبيع بما ادعى
من الثمن اذا حلف ولم يذكر يمين المأمور وهكذا ذكره المشايخ رحمهم الله الا
ان فيه اشكالا لانه وان كان يدل على ما ذكروه من حيث المعنى لكن لفظه لا يدل
على ذلك وانما يدل على الاول فان قوله اما القول للمأمور مع يمينه يدل على ان
المأمور يصدق فيما اذا قال وفي التحالف لا يصدق واحد منهما ولو كان
مراده التحالف لما قال ذلك وهذا فيما اذا اتفقا على انه امره ان يشتريه
له بالف واذا اختلفا فيه فقال الآمر امرتك ان تشتريه لي بخمسمائة وقال
المأمور امرتني بالشراء بالف فالقول قول الآمر مع يمينه لان الامر يستفاد من
جهته فيكون القول قوله ويلزم العبد المأمور لمخالفته فان اقاما البينة
فالبينة بينة الوكيل لانها اكثر اثباتا **قال** وشرى نفس الآمر من سيده
بالف ودفع فقال لسيده اشتريته لنفسه فباعه على هذا عتق وولاؤه لسيده
وان قال اشتريته فالعبد للمشتري والالف لسيده اي لو وكل العبد رجلا
بشراء نفسه من سيده بالف والآمر هو العبد ودفع الالف الى الوكيل فقال
الوكيل لسيده وقت الشراء انا اشتري عبدك لنفسه فباعه على هذا عتق
وولاؤه لسيده وان قال الوكيل اشتريته ولم يبين انه يشتريه لنفس العبد
كان العبد ملكا للوكيل وهو المشتري والالف الذي اخذ من العبد ودفعه
الى المولى كان للمولى فيهما مجانا ويجب على المشتري او على العتق الالف واصله
ان بيع العبد من نفسه اعتاق على مال وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق
ببدل لان اعتباره بيعا حقيقة غير ممكن لما ان العبد ليس باهل للملك او
لاستحالة ان يملك نفسه فيحمل مجازا عن الاعتاق لوجود ازالة الملك فيه
كالبيع فاذا اشتراه الوكيل للعبد صار البائع معتقا فيلزمه الولاء
والوكيل بالقبول سفير ومعبر عنه فلا ترجع الحقوق اليه واذا اطلق الوكيل
ولم يبين للمولى انه يشتريه لنفس العبد يقع العقد للوكيل لان ظاهر
هذا اللفظ للبيع فلا يعدل عنه الى العتق بغير علم المولى ولعله لا يرضى
لما فيه من لزوم ولائه وعقل جنايته فلا يكون الشراء للعبد بخلاف الوكيل
عن العبد حيث يدخل في ملك الموكل بالشراء من غير ان يبين للمولى انه يشتريه
لموكله لان حكم العقد فيه لا يختلف بين ان يكون له او لموكله اذ الكل معاوضة والوكيل
امتثل فيه وفي الحالين حتى تتعلق به الحقوق في الحالين فلا يحتاج فيه الى
البيان وههنا احدهما اعتاق معقب للولاء لا تتعلق به الحقوق بالوكيل
والآخر بيع واحكامه خلاف العتق فلا يدل رضاه باحدهما على الرضى بالآخر

فلا

فلابد من البيان فاذا لم يبين ثبت الملك للوكيل والالف للمولى لانه كسب
عبده وعلى المشتري او على العبد اذا عتق الف مثلها ثمنا او بدل العتق
لان الاداء قد بطل استحقاق المولى ما اداه لجهة اخرى وهو انه كسب عبده
فكان ملكا له قبل الشراء وقبل العتق فلا يصلح ملكه بدلا عن ملكه ثم اذا
لم يبين يرجع المولى بالثمن على الوكيل لانه العاقد والمالك للعبد فترجع
الحقوق اليه وان بين انه يشتريه للعبد فقد ذكر محمد في باب الوكالة بالعتق
من كتاب الوكالة ان العتق يقع والمال على العبد دون الوكيل وذكر في وكالة
المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة وفي وكالة الجامع الكبير ان العبد يعتق
والمال على الوكيل لان توكيله بشراء العبد للعبد كتوكيله بشرائه لغيره
فيطالب به لانه الوكيل والصحيح الاول لان وكيل العبد في العتق سفير
ومعبر ولفظ البيع يكون مجازا عن العتق لتعذر اعتباره بمعنى البيع حقيقة
ولهذا لا يستغني عن اضافته الى العبد الآمر له فلا يتعلق بالوكيل حقوقه
فيطالب الآمر كما اذا كان المأمور ببيع نفس العبد من العبد هو المولى حيث يكون
الطلب بالبدل الى المولى دون الوكيل لما قلنا **قال** وان قال لعبد
اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان ففعل فهو للآمر
وان لم يقل لفلان عتق اي اذا قال رجل لعبد اشتر لي نفسك من مولاك
فقال العبد لمولاه بعني نفسي لفلان فباعه المولى على هذا الشرط كان العبد
ملكا للآمر واذا اطلق العبد بان قال بعني نفسي ولم يقل لفلان عتق واصله
ان العبد يصلح ان يشتري نفسه لنفسه ولغيره بطريق الوكالة لان جواز



الشراء باعتبار المالية والعبد اجنبي عن نفسه في حق المالية الا ان البائع لا
يملك حبس العبد حتى يستوفي البدل لان العبد في نفسه فيكون قابضا لنفسه
بمجرد العقد كالمودع اذا اشترى الوديعة لا يكون للبائع حبس المبيع لوجود
القبض بمجرد العقد سواء اشتراه لنفسه او لغيره واذا ثبت هذا فنقول
اذا اضاف العقد الى الموكل كان ملكا للموكل واذا اضاف الشراء الى نفسه بان
قال بعني نفسي لنفسي عتق لما ذكرنا ولا يقال اذا العبد وكيل بشراء شيء معين
فوجب ان لا يجوز له شراؤه لنفسه لانا نقول انه اتى بجنس آخر من التصرف لان بيع العبد
من نفسه اعتاق على مال وشراؤه قبول العتق فيكون مخالفا فينفذ عليه
لان الوكيل بشراء شيء معين ينفذ عليه عند المخالفة على ما بينا من قبل وان اطلق
بان قال بعني نفسي ولم يقل لي ولا لفلان عتق ايضا لان المطلق يحتمل
الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه ولانه يقال
اذ البيع حقيقة فيه والعتق مجاز فينبغي ان يحمل على الحقيقة عند التردد اذ

الحمل على الحقيقة هو الاصل باتفاق العلماء لانا نقول الاصل ان الانسان
ان يتصرف لنفسه فيعارض الاصلان فتثبت قطاً فيرجح الى عرض الموكل فانه
لما اختلف التصرفان فالظاهر ان الموكل يريد الاعتاق اذ بيع العبد من
نفسه مطلقا اعتاق واقتصاره على اضافته الى العبد دليل عليه
وكان يرضى لخروجه عن ملكه الا الى الحرية ليثبت له الولاء عليه ثم الثمن يكون
في ذمة العبد في الوجهين دون ذمة الامر اما اذا وقع الشرا له فظاهر
واما اذا وقع للامر فلانه هو المباشر للعقد فيرجع اليه الحقوق فيطالب
بالثمن ويرجع به هو على الامر ولا يقال العبد ههنا محجور عليه والوكيل اذا
كان محجورا عليه لا ترجع الحقوق اليه لانا نقول زال الحجر هنا بالعقد الذي
باشره مقترنا باذن المولى ثم اذا كان الشرا للامر فلا بد من قبول العقد
لانه بيع فلا ينعقد الا بالايجاب والقبول وان وقع للعبد يكتفي بقول
المولى بعت ولا يحتاج فيه الى قبول العبد بعد قوله بعت نفسي لانه اعتاق
فيستبد به المولى بناء على ان الواحد يتولى طرفي العقد في العتق والنكاح
ولا يتولى طرفي العقد في البيع **فصل** قال الوكيل بالبيع
والشرا لا يعقد مع من ترد شهادته له وذلك مثل قرابة الولاد واحد الزوجين
للاخر وعبيده وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز بيعه منهم بمثل
القيمة الا من عبده او مكاتبه لان التوكيل مطلق ولا تهمة فيه لان الاملاك
متباينة والمنافع منقطعة فصار كالمضارب بخلاف عبده ومكاتبه لان
ما في يده ملك للمولى وله في مال مكاتبه حق وينقلب حقيقة بالعجز فيكون بيعا
من نفسه او يكون شبهة وبخلاف الغبن الفاحش ولابي حنيفة ان مواضع
التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضعها لان المنافع بينهم متصلة فصار
بيعا من نفسه من وجه فلا يجوز ولهذا لا تقبل شهادته لهم وتباين الاملاك
لا يمنع الاتصال من وجه اخر بخلاف المضاربة لان المضارب كالمتصرف لنفسه
من وجه حتى لا يملك رب المال نهيه عن التصرف بعدما صار المال
عروضا وانه شريكه في الربح فلا يلحقه التهمة في البيع بمثل القيمة لانه
بمنزلة من يبيع مال نفسه فكان عند بعضهم هو كالوكيل فلم يجوز وافيهما
البيع لهم بمثل القيمة فقيل هذا لنا ان نمنع قالوا هذا اذا لم يطلق له
الموكل واما اذا اطلق له بان قال الموكل بع ممن شئت فحينئذ يجوز بيعه لهم
بمثل القيمة وذكر في النهاية ان الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا تقبل شهادته
له ان كان باكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وان كان باقل من القيمة بغبن
فاحش لا يجوز بالاجماع وان كان بغبن يسير لا يجوز عند ابي حنيفة وعندهما

يجوز

يجوز وان كان بمقدار مثل القيمة فعن ابي حنيفة روايتان في رواية الوكالة
والبيوع لا يجوز وفي رواية المضاربة يجوز وبيع المضارب وشراؤه ممن لا تقبل
شهادته له على هذا التفصيل الا انه اذا كان بمثل القيمة يجوز هنا عنده
باتفاق الروايات وفي الوكيل روايتان وقد بينا الفرق على احديهما
وعلى هذا الخلاف الاجارة والصرف والسلم ونحوها **قال** ويجوز بيعه
بما قل وكثر وبالعرض والنسيئة يعني الوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير
الى اجل وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا يجوز بيعه
بنقصان لا يتغابن الناس في مثله ولا يجوز الا بالدراهم حالة او الى اجل متعارف
لان مطلق الوكالة يتقيد بالمتعارف والتصرفات لدفع الحاجات فيتقيد
الوكيل بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل بالنقود حالة او مؤجلة
باجل متعارف بين الناس وبيع ما يساوي الفا بعشرة الى مائة سنة غير متعارف
فيتقيد بالمعتاد ولهذا يتقيد التوكيل بشرا الاضحية والفحم والجمد بايام
الحاجة من تلك السنة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ولهذا
لو صدر من المريض اعتبر من الثلث ولا يملكه الاب والوصي فصار كالوكيل بالشرا
والبيع بالعرض شرا من وجه ولم يوجد به ولا بالهبة فلا يدخل تحت الامر بالبيع
ولابي حنيفة ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة
وهذا لان البيع هو مبادلة المال بالمال مطلقا من غير تقييد بنقد او بقيمة
والبيع بالغبن الفاحش او بالعرض او بالنسيئة اذا لم يكن في لفظه ما ينفي ذلك
لقوله بعه واقض به ديني او للنفقة ونحو ذلك متعارف عند شدة الحاجة الى
الثمن والتضجر من العرض فلم يخرج عن ان يكون بيعا في العرف ولا في الحقيقة
ولهذا لو حلف ان لا يبيع يحنث به ويستحق الكل بالشفعة والثمن يصرف
الى التعارف كالوكالة ولا شفعة في الهبة وانما لا يملك الاب والوصي
لان ولايتهما مقيدة بشرط النظر ولا نظر في الغبن الفاحش وحق الورثة
تعلق بالمالية في مرضه فلا يكون له ابطاله فيما زاد على الثلث والوكيل
بالشرا متهم لاحتمال انه اشتراه لنفسه ولما راى الصفقة خاسرة نسبها اليه
ولا يمكن ذلك في البيع فلا يتهم والمسائل المستشهد بها ممنوعة على قول ابي
حنيفة والمقايضة بيع من كل وجه شرا من كل وجه لان كل واحد منهما يبيع ماله
ويشتري مال الاخر ولا تهمة فيه لعدم احتمال الشرا لنفسه فيجوز بالقليل
والكثير بخلاف الوكيل بشرا شيء بعينه حيث لا يكون له ان يشتريه للموكل
بالغبن الفاحش وان كان لا يملك شراه لنفسه لانه بالمخالفة فيه يكون
مشتريا لنفسه فكانت التهمة فيه باقية والوكيل بالنكاح اذا زوجه

بأكثر من قيمته فهنا لا يجوز لعدم التهمة قال ويتقيد شراؤه بمثل القيمة ٥
وزيادة يتغابن الناس فيها وهو ما يدخل تحت تقويم المقومين أي يتقيد
شراء الوكيل بمثل القيمة حتى لا يجوز شراؤه بالغبن الفاحش وهذا بالإجماع
والفرق لأبي حنيفة قد ذكرناه وفرق آخر أن أمره بالبيع يلاقي ملكه نفسه
وفي الشراء ملك غيره وله في ملك نفسه ولاية مطلقة فاعتبر إطلاقه وليس
له ولاية في ملك غيره فلم يعتبر فحملناه على أخص الخصوص وهو الشراء بالنقد
وبمثل القيمة فيتقيد بهما ولأن اعتبار الإطلاق في الشراء غير ممكن فوجب
حمله على ما ذكرنا لأنه لو لم يحمل عليه لاشتراه بجميع ما يملكه الموكل وبزيادة
فيلحقه بذلك ضرر عظيم والوكيل بالبيع لا يقدر على ذلك فأمكن اعتبار
الإطلاق في الأمر فيه فافترقا وكذا الشراء له أن يشتري بمكيل أو موزون غير
النقدين دينا في الذمة لأن التوكيل بالشراء يتقيد بالمتعارف وهو الشراء
بالنقدين وقال زفر له ذلك حتى لو اشتراه ينفذ على الموكل لأنه شراء
من كل وجه أو الموصوف منه ثمن بخلاف ما إذا كان معينا ثم قدر الغبن اليسير
هنا بما يدخل تحت تقويم المقومين وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فاحش
لأن القيمة تعرف بالحزر والظن بعد الاجتهاد فيعذر فيما يشتبه لأنه يسير
لا يمكن الاحتراز عنه ولا يعذر فيما لا يشتبه لفحشه ولإمكان الاحتراز
عنه لأنه لا يقع في مثله عادة إلا عمدا وقيل حد الفاحش في العروض نصف عشر
القيمة وفي الحيوان عشر القيمة وفي العقار خمس القيمة وفي الدراهم ربع عشر
القيمة لأن الغبن يحصل لقلة الممارسة في التصرف فكلما كانت الممارسة
فيه أقل كان الغبن فيه أكثر فيعفى على التفاوت بحسب الممارسة والصحيح
الأول وفي النهاية جعل هذا القدر معفوا وهو خلاف ما ذكره صاحب
الهداية والكافي وقيل لا يحتمل الغبن اليسير أيضا وليس بشيء وهذا كله
إذا كان سعره غير معروف بين الناس ويحتاج فيه إلى تقويم المقومين وأما
إذا كان معروفا كالخبز واللحم والموز والجبن لا يعفى فيه الغبن وإن قل
ولو كان فلسا واحدا قال ولو وكله ببيع عبد فباع نصفه
صح عند أبي حنيفة لأن اللفظ مطلق عن قيد الاجتماع فيجوز مطلقا
مجتمعا ومتفرقا فصار كما لو وكله ببيع المكيل والموزون ولأنه لو باع
كله بهذا القدر من الثمن جاز عنده فبنصفه أولى بجوازه وقال أبو يوسف
ومحمد لا يجوز لأن فيه ضرر الشركة وهو غير معتاد أو هو عيب وتنتقص به
القيمة فلا تدخل تحت الأمر المطلق فلا يجوز إلا أن يبيع النصف الآخر
قبل أن يختصما لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد

من

من يشتريه جملة فيحتاج إلى التفريق فيتبين ذلك ببيع الباقي بخلاف
المكيل والموزون لأنه لا ضرر في تبعيضه ولا ينتقص قيمته
بذلك ولهما أن ضرر الشركة أهون من ضرر بيع الكل بنصف الثمن وقولهما استحسان
والقياس ما قاله أبو حنيفة قال وفي الشراء يتوقف ما لم يشتر
الباقي أي في الوكيل بالشراء للعبد إذا اشترى نصفه يتوقف شراؤه فإن
اشترى باقيه قبل أن يختصما لزم الموكل وإلا لزم الوكيل وهذا بالإجماع
لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان العبد بين جماعة
فلم يقدر على شراء كله دفعة واحدة فيحتاج إلى شرائه شقصا شقصا حتى
يشتري الكل فإذا اشترى الكل قبل رد الآمر الشراء تبين أنه وسيلة فينفذ
على الآمر وإن لم يشتره حتى رد الشراء نفذ على المأمور بخلاف الوكيل ببيع
العبد عند أبي حنيفة رحمه الله على ما بينا والفرق له بينهما أن الشراء يتحقق
فيه التهمة دون البيع على ما مر بيانه ولأن الأمر بالبيع يصادف ملكه
فيصح فيعتبر فيه إطلاقه والأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلم
يعتبر فيه الإطلاق والتقييد فيتوقف على شراء الباقي ولا يقال إن الشراء
لا يتوقف بل ينفذ على المشتري فكيف يمكن القول بالتوقف لأنا نقول
إنما لا يتوقف إذا وجد نفاذا على العاقد وأما إذا لم يجد فيتوقف كشراء
العبد والصبي المحجور عليهما لغيرهما بغير أمره فإنه يتوقف على إجازة من
اشترى له لأنه لم يجد نفاذا على المشتري فكذا هنا شراء النصف لا ينفذ
على الوكيل لعدم النفاذ عليه لأنه إنما ينفذ عليه إذا كان مخالفا من كل
وجه ولا على الآمر لأنه لم يوافق أمره من كل وجه فقلنا بالتوقف فإن اشترى
باقيه لزم الآمر وإلا لزم المأمور ولا فرق فيه بين التوكيل بشراء عبد
بعينه أو بغير عينه فلو أعتقه الآمر في زمن التوقف ينفذ عتقه عند أبي
يوسف ولا ينفذ عتق المأمور وعند محمد بالعكس لأنه قد خالف فيما أمر
به وإنما توقف عليه من حيث إن الخلاف يتوهم رفعه بأن يشتري الباقي فيرتفع
الخلاف فقبل أن يشتري يبقى مخالفا وإذا أعتقه الآمر لم ينفذ وأبو يوسف
يقول إن العقد موقوف على إجازة الموكل ألا ترى أنه لو أجاز صح ونفذ
عليه والإعتاق إجازة منه فينفذ عليه ولا ينفذ إعتاق الوكيل لأن
الوكالة تناولت محلا بعينه فلم يملك الوكيل شراءه لنفسه ولم يتوقف على
إجازته فلا ينفذ إعتاقه هكذا ذكره في النهاية معزيا إلى الإيضاح
قال ولو رد المشتري المبيع على الوكيل بالعيب ببينة أو نكول
رده على الآمر وكذا بإقرار فيما لا يحدث مثله لأن البينة حجة مطلقة

والوكيل مضطر في النكول لعدم ممارسته المبيع فلزم الامر والاقرار ليس
بحجة على الموكل وانما يرده عليه اذا رد عليه باقراره بعيب لا يحدث
مثله لان القاضي يعلم ان العيب كان في يد البائع فلم يكن قضاؤه
مستندا الى الاقرار ولا الى البينة والنكول والحاصل ان العيب لا يخلوا
اما ان لا يكون حادثا كالسن الزائد والاصبع الزائد او يكون حادثا لكنه
لا يحدث مثله في مثل تلك المدة او يحدث في مثلها فان كان غير حادث رده القاضي
بغير حجة من بينة او نكول او اقرار وكذا اذا كان حادثا لكنه لا يحدث
في مثل هذه المدة رده القاضي بغير بينة ولا نكول ولا اقرار لعلمه بكونه
عند البائع وتاويل اشتراط البينة او النكول او الاقرار في الكتاب
ان الحال قد يشتبه على القاضي بان لا يعرف تاريخ البيع فاحتاج الى هذه
الحجج ليظهر التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا الاطباء او النساء وقول هؤلاء
حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها للرد حتى لو كان القاضي
عاين البيع وكان العيب ظاهرا لا يحتاج الى شيء منها وان كان عيبا يحدث
مثله فكذلك الحكم ان كان ببينة او نكول لان البينة حجة مطلقة وكذلك
النكول حجة في حقه فيرده عليه ثم في هذه المواضع كلها رد القاضي على
الوكيل يكون ردا على الموكل فان رده عليه في هذا النوع باقرار بقضاء
القاضي لا يكون ردا على الموكل لان الاقرار حجة قاصرة فلا يتعدى بخلاف
ما اذا كان مما لا يحدث مثله ولكن له ان يخاصم الموكل فيرده عليه ببينة او
بنكوله وان رده عليه باقراره برضاه من غير قضاء فليس له ان يرده على الموكل
لانه اقالة وهي بيع جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما بخلاف ما اذا رد
عليه باقراره بقضاء قاض لان الرد حصل بالقضاء وكان مكرها فانعدم
التراضي وهو شرط في المعاوضة المالية فجعل فسخا في حق الكل ولكن الفسخ
استند الى دليل قاصر وهو الاقرار فعملنا بهما فمن حيث ان الرد فسخ كان
للوكيل ان يخاصم الموكل ومن حيث انه استند الى دليل قاصر لزم الوكيل
الا ان يقيم حجة على الموكل وان كان العيب غير حادث او كان حادثا الا انه
لا يحدث مثله في تلك المدة فرده على الوكيل باقراره بغير قضاء لزم الوكيل وليس
له ان يخاصم الموكل في عامة روايات المبسوط وذكر في البيوع انه يكون ردا
على الموكل لانهما فعلا عين ما يفعله القاضي لو رفع اليه اذ لا يكلفه القاضي
على اقامة البينة ولا على الحلف في هذه الصورة بل يرده عليه بلا حجة
فكان الحق متعينا في الرد قلنا الرد بالتراضي بيع جديد في حق ثالث
والموكل ثالثهما ولا نسلم ان الحق متعين في الرد بل يثبت حقه اولا في

وصف

وصف السلامة ثم اذا عجز ينتقل الى الرد ثم اذا امتنع الرد بحدوث العيب
او بزيادة حدثت فيه ينتقل الى الرجوع بالنقصان فلم يكن الرد متعينا
وهكذا ذكر الروايتين في شروح الجامع الصغير وغيرها وبين الروايتين
تفاوت كثير لان فيه ترددا من اللزوم الى انه لا يخاصم بالكلية وكان الاقرب
ان يقال انه لا يلزمه ولكن له ان يخاصم **قال** وان باع نسيئة فقال
امرتك بنقد وقال المأمور اطلقت فالقول للامر اي الوكيل بالبيع اذا باع
نسيئة فقال له الموكل امرتك ان تبيعه بنقد وقال الوكيل امرتني
ببيعه مطلقا ولم تقل شيئا كان القول قول الموكل لان مبنى الوكالة على
التقييد حتى لا يصح بدون بيان النوع بعد الجنس او الثمن الا ترى انه لو
قال وكلتك ان تشتري لي دابة لا يصح ولو قال وكلتك في مالي انصرف
الى الحفظ فاذا كانت مبناها على التقييد وهو يستفاد من جهة الامر كان
القول له كما اذا انكر الامر اصلا **قال** وفي المضاربة للمضارب اي ان باع
المضارب نسيئة فقال رب المال امرتك ان تبيعه بنقد وقال المضارب
اطلقت كان القول للمضارب لان الاصل في المضاربة الاطلاق والعموم
الا ترى انه يملك التصرف المعتاد من شراء وبيع وابضاع وتوكيل واستئجار
وايداع بذكر لفظة المضاربة فقامت الدلالة على الاطلاق فزاد عاه
فيما كان مدعيا لما هو الاصل فيها فكان القول له لان الظاهر يشهد له
بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع اخر حيث
يكون القول لرب المال لسقوط الاطلاق باتفاقهما فاشبهت الوكالة التي
ليست فيها شائبة الشركة ثم مطلق الامر بالبيع يقتضيه نقدا ونسيئة الى
اجل متعارف عندهما والى اي اجل كان عنده بخلاف المضاربة حيث تتقيد
باجل متعارف بين التجار على ما يجيء في موضعه ان شاء الله تعالى **قال**
ولو اخذ الوكيل بالثمن رهنا فضاع او كفيلا فتوى عليه لا يضمن اي الوكيل
بالبيع فعل ذلك لا يضمن لانه اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والارتهان
والكفالة وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكها ولان قبض الرهن كقبض الثمن
من حيث انه قائم مقامه ثم الثمن كان امانة في يده بعد القبض فكذا الرهن
بخلاف الوكيل بقبض الدين حيث لا يملك اخذ الرهن ولا الكفيل لانه يقبض
نيابة عن الامر ولهذا لا يملك الابراء ويملك الامر منعه ولا كذلك الوكيل بالبيع
ولولا انه اصيل فيه لكان مثله وفي النهاية المراد بالكفالة هنا الحوالة
لان التوى لا يتحقق في الكفالة وقيل الكفالة على حقيقتها فان التوى
يتحقق فيها بان مات الكفيل والمكفول عنه مفلسا وهذا كله ليس في لان

المراد هنا توى مضاف إلى الأخذ الكفيل بحيث أنه لو لم يأخذ كفيلا لا يتوى دينه كما في الرهن والتوى الذي ذكره هنا غير مضاف إلى أخذ الكفيل بدليل أنه لو لم يأخذ كفيلا أيضا لتوى بموت من عليه الدين وحمله على الحوالة فاسد لأن الدين لا يتوى فيها بموت المحال عليه مفلسا بل يرجع به على المحيل وإنما يتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة والأوجه أن يقال المراد بالتوى توى مضاف إلى الأخذ الكفيل وذلك يحصل بأن يرافعه إلى حاكم يرى براءة الأصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الأصيل بموته مفلسا مثل أن يكون القاضي مالكيا ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلسا

قال ولا يتصرف أحد الوكيلين وحده لأن الموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما ولو كان البدل مقدرا لأن تقديره لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة والاستنقاص وفي اختيار البائع والمشتري ونحو ذلك وهذا في تصرف يحتاج فيه إلى الرأي وأمكن اجتماعهما فيه وكان توكيلهما بلفظ واحد وأما ما لا يحتاج فيه إلى الرأي كالطلاق والعتاق بغير عوض أو لا يمكن الاجتماع فيه كالخصومة فلكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف لأنه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد وقت توكيله فلا يتعين له بخلاف الوصيين إذا أوصى إلى كل واحد منهما بالكلام على حدة حيث لا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف في الأصح لأن وجوب الوصية بالموت وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة والوكالة حكمها ثبت بنفس التوكيل فإذا انفرد كل واحد منهما بالعقد استبد كل واحد منهما بالتصرف وإذا وكلهما بكلام واحد لا ينفرد به أحدهما ولو كان أحدهما حرا بالغا عاقلا والآخر عبدا أو صبيا أو محجورا فكذلك لما ذكرنا ولو باع أحدهما بحضرة صاحبه فإن أجازه صاحبه جاز وإلا فلا ولو كان غائبا فأجازه لم يجز في قول أبي حنيفة وإن مات أحدهما أو ذهب عقله لم يجز للآخر أن يتصرف وحده لعدم رضاه برأيه وحده

قال إلا في خصومة وطلاق وعتاق بلا بدل ورد وديعة وقضاء دين لأن في هذه الأشياء لا يحتاج فيها إلى الرأي والخصومة إن كان يحتاج فيها إلى الرأي لكن اجتماعهما في التكلم في مجلس القاضي متعذر لأنه يؤدي إلى التلبيس على القاضي وإلى الشغب والرأي يحتاج إليه سابقا على الخصومة ولا يشترط حضور صاحبه وقت الخصومة عند عامتهم لأنه لا يتعلق بسماعه الخصومة وهو ساكت فائدة وطلاق الزوجة والعتق بلا بدل لا يحتاج فيه إلى الرأي إلا إذا قال طلقاها إن شئتما أو جعل أمرها بأيديهما فحينئذ يكون تفويضا فيقتصر على المجلس لكونه تمليكا أو يكون تعليقا فيشترط فعلهما لوقوع الطلاق لأن المعلق بشيئين لا ينزل عند وجود أحدهما وعلى هذا

لو

لو قال طلقاها جميعا ليس لأحدهما أن يطلقها وحده ولا يقع عليها طلاق أحدهما ولو قال طلقاها جميعا ثلاثا فطلقها أحدهما طلقة والآخر طلقتين لا يقع ورد الوديعة لا يحتاج فيه إلى الرأي فرد أحدهما كردهما بخلاف ما إذا وكلهما باستردادها حيث لا يكون لأحدهما أن يقبضه دون صاحبه لأن اجتماعهما فيه ممكن وللموكل فيه غرض صحيح لأن حفظ اثنين خير من حفظ واحد فإذا قبضه أحدهما ضمن كله لأنه قبض بغير إذن المالك إذ أمر بهما ولهما مجتمعين لا متفرقين فلم يكن مأذونا في حالة الانفراد بقبض شيء منه وقضاء الدين مثل رد الوديعة واقتضاؤه مثل استرداد الوديعة

قال ولا يوكل إلا بإذن أو اعمل برأيك أي لا يوكل الوكيل فيما وكل به إلا أن يأذن له الموكل أو يقول له اعمل برأيك لأنه رضي برأيه ولم يرض برأي غيره ولأن المفوض إليه التصرف دون التوكيل به فلا يملكه بدون التفويض إليه بخلاف التوكيل في الحقوق حيث يملكه بغير إذن الموكل لأنه أصيل فيه ولهذا لا يملكه الموكل ولا نهيه عنه ويملكها فيما يخرجه فلا يملك التوكيل بدون رضاه فإذا فوض إليه ووكل كان الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يكون للأول أن يعزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الموكل وهو نظير استخلاف القاضي حيث لا يملكه إلا بإذن الخليفة ثم لا ينعزل بعزل القاضي الأول ولا بموته وينعزلان بعزل الخليفة لهما لكن لا ينعزلان بموته والفرق أن الخليفة عامل للمسلمين فلا ينعزل به القاضي الذي ولاه هذا وولاية القاضي بإذنه والوكيل عامل لنفسه فينعزل وكيله بموته لبطلان حقه

قال فإن وكل بلا إذن الموكل فعقد بحضرته أو باع أجنبي فأجاز صح أي إن وكل الوكيل بغير إذن الموكل فعقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الأول أو عقد أجنبي فأجازه الوكيل الأول جاز فيهما لأن مقصود الموكل حضور رأيه وقد حصل به وكذا لو عقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الأول جاز من غير إجازة منه لأن المقصود وهو حضور رأيه قد حصل بنفس العقد بإذنه ولو قدر الأول الثمن للثاني جاز عقده في غيبته لحصول المقصود باستعمال رأيه في تقدير الثمن بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدر لهما البدل حيث لا يجوز لأحدهما أن يتصرف بدون صاحبه لأن تقديره لا يمنع استعمال الرأي في نقصانه في الشراء وفي الزيادة في البيع وفي اختيار من يعامله بل هو مقصوده ظاهرا لأن تفويضه إليهما مع تقدير البدل دليل عليه بخلاف ما إذا كان المأمور واحدا لأن غرضه استعمال رأيه في معظم الأمر وهو تقدير البدل وقد حصل وهذا لأن المقصود في الوكالة الاسترباح عادة وهو بزيادة البدل وقد حصل بتقدير

البدل وما عداه كالفضلة فلا يكون مقصودا بالتوكيل واختلفوا في العهدة فيما اذا عقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول فذكر البقالي في فتاويه ان الحقوق تتعلق بالاول وكذا ذكر المحبوبي ايضا لان الموكل رضي بلزوم العهدة للاول دون الثاني وذكر في حيل الاصل ان الحقوق ترجع الى الثاني وهو الصحيح لانه هو العاقد والعقد هو السبب للزوم وقد صدر من الثاني دون غيره وينبغي ان يكون على هذا الخلاف فيما اذا عقد والاول غايب فاجازه او عقد اجنبي فاجازه الاول ولا معنى لاشتراط حضرته والوكيل بالطلاق او العتاق اذا وكل غيره وطلق الثاني بحضرة الوكيل الاول لا ينفذ لان الامر علقه بلفظ الاول دون الثاني وهو يتعلق بالشرط بخلاف البيع ونحوه **قال** وان زوج عبد او مكاتب او كافر صغيرته الحرة المسلمة او باع مالها او اشترى لها لم يجز لانه لا ولاية له الا ترى ان العبد لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم قال الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا يقبل شهادته على المسلم ولا شهادة للعبد اصلا والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم ولان هذه الولاية نظرية فلا بد من تفويضها الى القادر ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا مصلحة في التفويض اليهما ولا فرق في ذلك بين ان يكون الكافر ذميا او حربيا واما المرتد فان ولايته على اولاده واموالهم موقوفة بالاجماع لانها تبتني على النظر والنظر يحصل باتفاق الملة لان اتحادها داع الى النظر وهو متردد في الحال فوجب التوقف فيه فاذا اسلم جعل كانه لم يزل مسلما فينفذ تصرفه واذا مات او قتل على ردته تقرر جهة انقطاع الولاية فيبطل تصرفه بخلاف تزوجه بنفسه حيث لم يجز وان اسلم بعد ذلك لان جواز النكاح يعتمد الملة ولا ملة للمرتد فلا يتوقف اذ لا مجيز له في الحال لان شرط التوقف ان يكون له مجيز في الحال فصار نظير اعتاق الصبي وهبته وطلاقه حيث لا يتوقف على البلوغ اذ لا مجيز لها في الحال ونكاح اولاده الصغار له مجيز في الحال وهو الولي او القاضي فيتوقف فان اسلم نفذت فصح النكاح والا بطل وبخلاف تصرفاته في ماله عندهما لانها تبتني على الملك وملكه قايم ثابت في امواله ما دام حيا فينفذ بلا توقف والله سبحانه وتعالى اعلم

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال رحمه الله الوكيل بالخصومة والتقاضي لا يملك القبض وهذا قول زفر وقال علماؤنا الثلاثة يملك القبض عينا كان او دينا لان الوكيل بالشي

وكيل

وكيل باتمامه واتمامها يكون بالقبض وما لم يقبض فالخصومة قايمة لانه يتوهم انكاره بعد ذلك والمطل وربما يحتاج الى المرافعة ثانيا فيكون له القبض قطعا لمادتها ولان المقصود من الخصومة الاستيفا اذ هي غير مقصودة لذاتها والوكيل بالشي يملك ما هو المقصود منه ومعنى التقاضي الطلب في العرف فصار بمعنى الخصومة وهو في اصل اللغة القبض لانه تفاعل من قضى يقال قضى دينه واقتضيت منه ديني اي اخذت والعرف املك وكان اولى اذ الحقيقة مهجورة فصار بمعنى الخصومة مجازا فيكون التوكيل بها توكيلا باتمامها اذ المطالبة لا تنتهي الا بالقبض ولزفر رحمه الله ان الخصومة غير القبض حقيقة وهي لاظهار الحق ويختار في التوكيل بها من هو الد الناس خصومة واكثرهم كذبا وخيانة واقلهم دينا وورعا ويختار في القبض من هو اوفى الناس [illegible] امانة واكثرهم ورعا فمن يصلح للخصومة عادة لم يرض بقبضه فالتوكيل بخصومته لا يدلنا على الرضى بقبضه بل يدل على عكسه فلا يكون له القبض وكذا المطالبة غير القبض فالوكيل بها لا يملك القبض لما ذكرنا والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله ولهذا اختاره الشيخ رحمه الله لتغير احوال الناس وكثرة الخيانة في الوكلاء ولا فرق في ذلك بين العين والدين لان المعنى لا يختلف فيهما **قال** ويقبض الدين يملك الخصومة اي الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة حتى لو اقيمت عليه البينة على استيفا الموكل او ابرايه تقبل وكذا اذا جحد الغريم واقام الوكيل البينة عليه تقبل وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عنه لان القبض غير الخصومة فلم يكن الرضى به رضا بها اذ ليس كل من يؤتمن على المال يهتدي اليها **قال** ويقبض العين لا فلو برهن ذو اليد على الوكيل بالقبض ان الموكل باعه وقف الامر حتى يحضر الغايب وكذا الطلاق والعتاق اي الوكيل بقبض العين لا يملك الخصومة حتى لو اقام ذو اليد البينة على الوكيل بقبض العين ان الموكل باعه العين لم يقبل بينته الا في حق قصر يد الوكيل عن العين فيتوقف حتى يحضر الغايب وكذا لو اقامت المراة البينة على الوكيل بنقلها ان الزوج طلقها ثلاثا او اقام العبد البينة على الوكيل بنقله الى المولى انه اعتقه لا تقبل في حق وقوع الطلاق والعتاق ويقبل في حق قصر يد الوكيل عنهما حتى يتوقف الامر الى ان يحضر الغايب وهذا بالاجماع استحسانا والاصل في جنس هذه المسايل ان التوكيل اذا وقع باستيفا عين حقه لم يكن وكيلا بالخصومة لان التوكيل وقع بالقبض لا غير ويمكن حصوله بلا خصومة بان لا يجحد ذو اليد ملكه فلا حاجة الى جعله

وكيلاً في غيرها وكل به لان الامر بالشيء انما يدخل غيره فيه اذا كان لا يتوصل اليه
الا به للضرورة وان وقع التوكيل بالتملك كان وكيلاً بالخصومة لان التملك
انشاء خصومة وتصرف وحقوق العقد متعلق بالعاقد لانه لا يمكنه التحصيل
الا بها والخصومة من جملتها فكان وكيلاً بها فاذا ثبت هذا قال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله الوكيل بقبض الدين وكيل باستيفاء عين حقه ولهذا لو قبض
احد الشريكين شيئاً من الدين كان للآخر ان يشاركه فيه ومعنى التملك ساقط
حكماً حتى كان له ان ياخذ بلا قضاء ولا رضا كما في الوديعة والغصب فلا
ينتصب خصماً كما في الوكيل بقبض العين وقال ابو حنيفة الوكيل بقبض
الدين وكيل بالتملك لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها وهذا لان
المقبوض ليس بملك للموكل بل هو بدل حقه الا ان الشرع جعل ذلك طريقاً للاستيفاء
فانتصب خصماً كالوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب والرجوع في الهبة
والوكيل باخذ الشفعة ومسئلتنا اشبه بالاخذ باخذ الشفعة فانه خصم
قبل القبض عنده كما ان الوكيل بطلب الشفعة خصم قبل الاخذ فاما
الوكيل بالشرا فانما يصير خصماً بعد مباشرة الشرا واما الوكيل بقبض العين
فليس بوكيل بالمبادلة قبضاً بل رسولاً واميناً محضاً فلم يتعلق الحقوق به
بالقابض ولا ينتصب خصماً ولا يقبل البينة عليه قياساً حتى لا يجب الوقف
فيه لانها قامت على غير خصم وفي الاستحسان يتوقف حتى يحضر الموكل فاذا
حضر امر الخصم باعادة البينة على ما ادعى لان البينة قامت على نقل الحق
وعلى قصر اليد والوكيل خصم في قصر اليد فتقبل في حقه فيقصر يده
عنه كما اذا اقام الخصم البينة ان الموكل عزله عن الوكالة فانها تقبل في حق
قصر اليد قال ولو اقر الوكيل بالخصومة عند القاضي صح والا اي
اذا اقر عند غير القاضي لا يصح وعندهم يصح وهو استحسان ولكنه يخرج
به عن الوكالة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يصح
اقراره عند غير القاضي ايضاً وقال زفر والشافعي لا يصح اقراره عند القاضي
ايضاً وهو قول ابي يوسف رحمه الله اولاً وهو القياس لانه مأمور بالخصومة
وهي منازعة والاقرار يضادها لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده
ولهذا لا يملك الابراء والصلح ويصح اذا استثنى الاقرار ولو كانت حقيقة
الخصومة مهجورة لما صح استثناؤه وكذا لو وكله بالجواب مطلقاً يتقيد
بجواب هو خصومة عندهما لجريان العادة بذلك ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى
في الخصومة وهذا هو العرف والوكالة تتقيد كما تتقيد بالتقييد صريحاً
ولان فيه اضراراً بالموكل فلا يملكه ولهذا لا يملكه الاب والوصي في مال

الصغير

الصغير ثم ان ولايتهما او قلنا التوكيل صحيح فيدخل تحته ما يملكه الموكل
وهو الجواب مطلقاً دون احدهما عيناً اذ لا يجوز له ان ينكر اذا كان خصمه
محقاً والخصومة يراد بها الجواب عرفاً مجازاً لانها سببه فذكر السبب وارادة
المسبب شائع او لخروجه عقباً بلفظها او لان الجواب يكون في موضع يكون فيه
الخصومة وهو مجلس الحكم والجواب يكون في موضع يكون فيه الخصومة
والجواب يتناول الاقرار والانكار عملاً بعموم المجاز كما لو قال عبده حر
يوم يقدم فلان فانه يراد به مطلق الوقت مجازاً فيتناول الليل والنهار
عملاً بعموم المجاز والدليل على انه يراد به الجواب مطلقاً ان القاضي يأمر
بالجواب فيقول له اجب خصمك ولا يأمر بالخصومة فوجب حمله على الجواب
ليصح توكيله قطعاً ولو حمل على الانكار لا يصح الا على احد التقديرين وهو
ان يكون محقاً بالانكار وان كان مبطلاً لا يصح وهذا لان الوكيل قائم مقام
الموكل والموكل لا يملك الانكار عيناً وانما يملك مطلق الجواب وهو ان كان
خصمه محقاً او بلا ان كان مبطلاً فكذا لا يملك التوكيل بالانكار عيناً فلا
يحمل عليه ولان في حمله عليه فساده من وجه وفي حمله على مطلق الجواب صحته
من كل وجه فكان اولى لصحته بيقين قطعاً بلا احتمال الفساد ولو
استثنى الاقرار فعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يصح لانه يكون وكيلاً بالانكار
فقط وهو لا يملك ذلك عيناً فكذا لا يصح التوكيل به فلا يلزمنا وعن محمد
رحمه الله انه يصح لانه يحتمل ان يكون محقاً بالانكار فيملكه وبتنصيصه
عليه يرجح تلك الجهة فيجوز توكيله به عند التصريح به وعند الاطلاق
يحمل على مطلق الجواب وعن محمد انه فرق بين الطالب والمطلوب فصححه
من الطالب دون المطلوب لان الطالب لا يجبر على الخصومة فله ان
يوكل بشيء دون شيء على ما يختار والمطلوب يجبر عليها فلا يملك التوكيل
بما فيه اضرار الطالب ولان الطالب يثبت حقه بالبينة او بنكول الموكل
لان الوكيل لا يحلف فلا يفيد استثناء الانكار في حقه وفي ظاهر الرواية
يصح استثناء الانكار منهما لما ذكرنا ولان الانكار حقيقة في الخصومة فلا
يعارضه المجاز عند التصريح بالحقيقة ثم ابو يوسف رحمه الله يقول الوكيل
قائم مقام الموكل باقامته فاقراره لا يختص بمجلس القاضي فكذا اقرار من
قام مقامه وهذا لان الشيء انما يختص بمجلس القضاء اذا لم يكن موجباً الا
بانضمام القضاء اليه كالبينة والنكول فاما الاقرار فموجب بنفسه فلا
يختص بمجلس القضاء بخلاف الاب والوصي لان تصرفهما مقيد بشرط النظر
لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن وقال تعالى قل

اصلاح لم يجز ولم يصح اقراره عندهم وقد يقولان ان المراد بالخصومة الجواب
مجازا على ما بينا فيملكهما لا اقرار من حيث انه جواب لا من حيث انه اقرار والجواب
يستحق في مجلس الحكم فيكون التوكيل مختصا به فيقع مقامه الموكل في مجلس
الحكم لا غيره لم يكن وكيلا في غيره فاذا اقر فيه لا يعتبر اقراره لكونه اجنبيا
فلا ينفذ على الموكل لكن يخرج به عن الوكالة لان اقراره على الموكل يتضمن
الاقرار على نفسه بانه لم يبق له ولاية الخصومة فيقبل في حق نفسه لا في حق
الموكل كالاب والوصي اذا اقر في مال الصغير لا يصح فانه يخرج عن الولاية في ذلك
المال ولو استثنى الانكار صح اقراره وكذا الانكار ولا يصير الموكل مقرا بالتوكيل
بالاقرار ولو اقر الوكيل بالخصومة في حد القذف والقصاص لم يصح اقراره
لان التوكيل بالخصومة جعل توكيلا بالجواب مجازا بالاجتهاد فتمكنت فيه
شبهة العدم في اقرار الوكيل فيورث شبهة في حد ما يندرئ بالشبهات
قال وبطل توكيله الكفيل بما كفله معناه اذا كان لرجل دين على
رجل وكفل به رجل فوكل الطالب الكفيل بقبض ذلك الدين من الذي
عليه الاصل لم يصح التوكيل لان الوكيل هو الذي يعمل لغيره ولو صححنا
هذه الوكالة صار عاملا لنفسه ساعيا في براءة ذمته فانعدم الركن
فبطل ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها وجب
ان لا يقبل قوله لكونه متهما فيه بابراء نفسه فصار نظير ما لو اعتق
عبد المديون حتى لزمه ضمان قيمته للغرماء ولزم العبد جميع الدين ثم ان المولى
ضمن الدين للغرماء فانه لا يصح لما ذكرنا فكذا هذا فان قيل الداين اذا وكل
المديون بابراء نفسه عن الدين يصح وان كان عاملا لنفسه ساعيا في براءة ذمته
قلنا ذلك تمليك وليس بتوكيل كما في قوله لامرأته طلقي نفسك فاذا ابطلت
الوكالة فلو قبضه من المديون وهلك في يده لم يهلك على الطالب ولو ابراه
عن الكفالة لا ينقلب صحيحه لوقوعها باطلة ابتداء كما لو كفل عن غائب
فانه يقع باطلا اذا بلغه فاجازه لم يجز لما ذكرنا ولا يقال ينبغي ان لا تصح
الكفالة وتصح الوكالة بعكسه فانه لو وكله بقبض الدين ثم ضمن الوكيل الدين
صح الضمان وبطلت الوكالة لانا نقول الكفالة اقوى من الوكالة لكونها
لازمة فيصلح ناسخة لها بخلاف العكس ويجوز ان يوكل الكفيل بالنفس بالخصومة
لان الواحد يقوم بهما قال ومن ادعى انه وكيل الغائب بقبض دينه
فصدقه الغريم امر بدفعه اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقبضه خالص
حقه اذ الديون تقضى بامثالها فيكون مقرا بوجوب دفع ماله اليه حتى
لو ادعى انه ادى الدين الى الطالب لا يصدق لانه لزمه الدفع الى الوكيل

باقراره ولا تثبت الوكالة به ولم تثبت ايضا بمجرد دعواه فلا يؤخر حقه كما لو كان
الموكل حاضرا وادعى ذلك وله ان يستحلف رب المال ويستحلفه ولا يستحلف
الوكيل بالله تعالى ما يعلم ان الطالب قد استوفى الدين لان النيابة لا تجري
في الايمان بخلاف الوارث حيث يحلف على العلم لان الحق يثبت للوارث فكان
الحلف بطريق الاصالة دون النيابة وفي المسئلة نوع اشكال وهو ان التوكيل
بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى لان الديون تقضى بامثالها فما قبضه
رب الدين من المديون يصير مضمونا عليه وله على الغريم مثل ذلك فالتقيا
قصاصا والتوكيل بالاستقراض لا يصح والجواب ان التوكيل بقبض الدين
رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لانه لا بد
للوكيل بقبض الدين من اضافة القبض الى موكله بان يقول ان فلانا وكلني
بقبض ماله عليك من الدين كما لا بد للرسول في الاستقراض من الاضافة الى
المرسل بان يقول ارسلني اليك وقال لك اقرضني فصح ما ادعينا ان هذا
رسالة معنى والرسالة بالاستقراض جائزة هكذا ذكره في النهاية وعزاه
الى الذخيرة وهذا سؤال حسن والجواب غير مخلص على قول ابي حنيفة فانه
لو كان رسولا لما كان له ان يخاصم قال فان حضر الغائب فصدقه والا
دفع الغريم اليه الدين ثانيا لانه اذا صدقه ظهر انه كان وكيلا له وقبض
الوكيل قبض الموكل فتبرأ ذمته منه وان كذبه لم يصر مستوفيا للقبض
لانه لم يثبت وكالته والقول قوله في ذلك مع يمينه لانه منكر ولا يكون قولها
حجة عليه فيأخذ منه الدين ثانيا ان لم يجز استيفاءه قال ورجع به على
الوكيل لو باقيا اي يرجع الغريم بما قبضه الوكيل ان كان باقيا في يده
لانه ملكه وانقطع حق الطالب عنه ولم يبق الاحتمال فيه حيث قبض دينه
منه ثانيا قال وان ضاع لا اي ان ضاع المقبوض في يد الوكيل لا يرجع
به عليه لان الغريم باقراره صار محقا في قبضه الدين وانما ظلمه الطالب
بالاخذ منه ثانيا والمظلوم لا يظلم غيره ويرد على هذا ما لو كان لرجل الف
درهم مثلا وله الف اخرى دين على رجل فمات وترك ابنين واقتسما الالف العين
نصفين فادعى الذي عليه الدين ان الميت استوفى منه الالف حال حياته
وصدقه احدهما وكذبه الآخر فالمكذب يرجع بخمسمائة ويرجع بها الغريم
على المصدق وهو في زعمه ان المكذب ظلمه في الرجوع عليه وظلم هو المصدق
بالرجوع بما اخذ المكذب وذكر في الامالي انه لا يرجع لان الغريم زعم انه
بريء عن جميع الالف الا ان الابن الجاحد ظلمه ومن ظلم ليس له ان يظلم غيره
وما اخذه الجاحد دين على الجاحد ودين على الوارث لا يقضى من التركة ووجه

الظاهر ان المصدق اقر على نفسه بالدين لان الاقرار بالاستيفا اقرار بالدين
لان الديون تقضى بامثالها فاذا كذبه الاخر واخذ منه خمسمائة لم يسلم له
البراءة الا عن خمسمائة فبقيت الخمسمائة دينا على الميت فيرجع بها على
المصدق فياخذ ما اصابه بالارث حتى يستوفى لان دينه مقدم على الارث
قال الا اذا ضمنه عند الدفع اى الا ان يضمن الغريم الوكيل فحينئذ
يرجع الغريم على الوكيل لان الضمان موجب ويجوز فى قوله ضمنه بالتشديد
والتخفيف فمعنى التشديد ان يضمن الغريم الوكيل ومعنى التخفيف ان
يضمن الوكيل المال الذى اخذ منه وصورة هذا الضمان ان يقول الغريم
للوكيل نعم انت وكيله لكن لا امن ان يجحد الوكالة ويأخذ منى دينا ويصير
ذلك دينا عليه لانه اخذ منى ظلما فهل انت كفيل عنه بما اخذ منى
ثانيا فيضمن ذلك الماخوذ فيكون صحيحا على هذا الوجه لانه مضاف الى
سبب الوجوب وهو كقوله ما غصبك فلان فعلى او ما ذاب لك عليه
فعلى لان ما اخذه الطالب ثانيا غصب واما ما اخذه الوكيل فلا يجوز
ان يضمنه لانه امانة فى يده لتصادقهما على انه وكيل والامانات لا يجوز
بها الكفالة على ما بيناه فى موضعه قال او لم يصدقه على الوكالة او
دفعه اليه على ادعائه اى لم يصدق الغريم الوكيل فى هذه الصورة الثالثة
دفعه اليه على احتمال ان يكون وكيلا او لم يرض بقبضه الا القضاء دينه
تحصيلا لبراءة ذمته فاذا لم يحصل وانقطع الرجاء رجع به عليه ولا فرق فى
ذلك يعنى ان يكذبه صريحا او يسكت لان عدم التصديق يشمل الصورتين
وزعمه فيما اذا كذبه انه قبض بغير حق وان قبضه يوجب الضمان وكذا ان
لم يصدقه ولم يكذبه لان الاصل عدم التصديق وليس له ان يسترد المدفوع
فى الوجوه كلها قبل ان يحضر الطالب لان المؤدى صار حقا للطالب اما
اذا صدقه فظاهر لانه لا يبطل ما هو حق ظاهرا الا على حق واما اذا لم
يصدقه فلاحتمال انه وكله وان لم يوكله يحتمل الاجازة منه فلا يكون له
ان ياخذه مع بقاء هذا الاحتمال ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان
ينقضه ما لم يقع اليأس منه الا ترى انه اذا دفعه الى فضولى على رجاء الاجازة
لم يملك استرداده لاحتمال ان يجيز ولذا قال لو اقام الغريم البينة انه
ليس بوكيل او على اقراره بذلك لا تقبل بينته ولا يكون له حق الاسترداد
قال ولو اراد استحلافه على ذلك لا يستحلفه لان كل ذلك ينبنى على دعوى
صحيحة ولم يوجد لكونه ساعيا فى نقض ما اوجبه للغايب ولو اقام الغريم
البينة ان الطالب جحد الوكالة واخذ منه المال تقبل لانه يثبت انقضاء

حق الرجوع على الوكيل بناء على اثبات سبب انقطاع حق الطالب عن المدفوع
وهو قبضه المال بنفسه منه فانتصب الحاضر خصما عن الغايب فى اثبات
السبب فيثبت قبض الموكل فينتقض يد الوكيل ضرورة وجاز ان يثبت
الشى ضمنا وان لم يثبت مقصودا قال ولو ادعى الغريم على الطالب حين
رجع عليه انه وكل القابض واقام على ذلك بينة تقبل بينته ويبرا منه
قال ولو اراد ان يحلفه كان له ذلك فان نكل برئت ذمته ولو طلب الغريم
ان يسترد من الوكيل ما دفعه اليه بعد ما ادى الى الطالب بنفسه فادعى
الوكيل هلاكه او دفعه الى الموكل حلفه على ذلك وان مات الموكل وورثه
غريمه او وهبه له وهو قايم فى يد الوكيل اخذه منه فى الوجوه كلها لانه
ملكه وان كان هالكا لا ضمان الا فى صورة واحدة وهو ما اذا صدقه فى الوكالة
وان انكر الغريم الوكالة واقر بالدين فللوكيل ان يحلفه بالله ما يعلم ان
الطالب وكله بقبض دينه فاذا حلف لم يدفع اليه وان نكل قضى عليه بالمال
للوكيل وعن ابى حنيفة رحمه الله انه يحلفه لان حق التحليف بناء على انه خصم
ولم يثبت بلا حجة ووجه ظاهر الرواية انه لو اقر به لزمه فاذا انكر يحلف
قال ولو قال انى وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع
اليه لانه اقر بقبض مال الغير فلا يصح لما فيه من ابطال حقه فى العين
بخلاف ما اذا ادعى انه وكيل بقبض الدين فصدقه حيث يؤمر بالدفع
اليه لانه اقر بمال نفسه او الديون تقضى بامثالها لا باعيانها على ما بينا
ولو هلكت الوديعة عنده بعد ما منع قيل لا يضمن وقيل ينبغى ان يضمن لان
المنع من وكيل المودع فى زعمه بمنزلة المنع من المودع وهو يوجب الضمان
فكذا هنا ولو سلم الوديعة اليه فهلكت فى يده وانكر المودع الوكالة
يضمن المودع لانه متعد بالتسليم اليه وله ان يحلف المودع انه ما وكله
فان نكل برئت ذمته وان حلف ضمن وليس له ان يرجع على الوكيل لان فى
زعمه ان المودع ظالم فى تضمينه اياه وهو مظلوم والمظلوم ليس له ان
يظلم غيره الا اذا ضمنه وقت الدفع له على الصفة التى ذكرنا فى الدين
فحينئذ يرجع عليه ولو دفع اليه من غير تصديق له على الوكالة رجع عليه
مطلقا ولو كانت العين باقية اخذها فى الصور كلها لانه ملكها بادا
الضمان ولو اراد ان يستردها منه بعد ما دفعها اليه لا يملك ذلك لانه
ساع فى نقض ما تم من جهته قال وكذا لو ادعى انه اشتراها وصدقه يعنى لو ادعى
رجل شرا الوديعة وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لان اقراره على الغير
غير مقبول قال ولو ادعى ان المودع مات وتركها ميراثا له وصدقه دفع

الا انه لما ملكه قد زال بموته واتفقا انه مال الوارث فيدفعه اليه ولو ادعى
رجل ان صاحب المال مات ولم يدع وارثا وانه اوصى له بما في يده رجل من
عين او دين وصدقه الذي في يده المال يؤمر بالتسليم اليه بعد التلوم
لانه لما ادعى انه لم يترك وارثا ينزل منزلة الوارث فيدفع اليه بعد التلوم
كما يدفع الى الوارث بعد التلوم لاحتمال ان يكون له وارث اخر ولو لم يقر
من في يده المال بل انكر موته او قال لا ادري لم يؤمر بالتسليم اليه ما لم يقم
البينة ولو لم يقل لم يترك وارثا لم يكن صاحب اليد خصما وتمامه في الجزء
ولو ادعى ان صاحب المال مات واوصى اليه وصدقه ذو اليد لا يلتفت
الى تصديقه ولا يؤمر بالتسليم اليه اذا كان المال عينا في يد المقر له لانه
اقر انه وكيل صاحب المال بقبض الوديعة او الغصب بعد موته فلا يصح
كما لو اقر انه وكله حال حياته بقبض العين وان كان المال دينا على المقر
فعلى قول محمد الاول يصدق ويؤمر بالدفع اليه لانه اقرار على نفسه اذ
القضاء في خالص ماله كما لو ادعى انه وكله في حال حيوته بقبض الدين وصدقه
المديون يجبر على التسليم بخلاف ما لو صدقه انه وكيل بقبض الوديعة وعلى
قول محمد الاخر وهو قول ابو يوسف لا يصدق ولا يؤمر بالتسليم اليه
وان كان اقرارا على نفسه من الوجه الذي ذكره لكنه اقرار على الغايب
من وجه ودعوى لبراة نفسه بدفع المال اليه فانه لو دفع الدين اليه وتحقق
موت صاحب المال برئ بالدفع اليه لصحة امر القاضي بذلك حتى لو حضر
الوارث وانكر وصايته لا يلتفت اليه لا دلالة ولا باتباع الغريم فيؤدي
الى ان يبرأ من الدين بقوله من غير حجة بخلاف ما لو اقر بوكالته حال حياته
لانه لو حضر رب الدين وانكر كان له ان يتبعه بدينه لان امر القاضي بالدفع لم
يقع في حياته ذكره في التيسير **قال** فان وكله بقبض ماله فادعى الغريم
ان رب المال اخذه دفع المال اي رجل وكل رجلا بقبض دين له على غريمه
فقال الغريم للوكيل ان رب المال اخذ المال مني يجبر على دفع المال الى الوكيل
لان وكالته تثبت بقوله رب المال اخذ المال اذ لم ينكر الوكالة وانما ادعى
الايفا وفي ضمن دعواه اقرار بالدين وبالوكالة وهذا لانه لو لم يكن هو محقا
عنده في طلب الدين لما اشتغل بذلك فصار كما اذا طلب منه الدين فقال
اوفيتك فانه يكون اقرارا بالدين فاذا كان اقرارا يثبت الوكالة في زعمه
ولم يثبت الايفا بمجرد دعواه فيؤمر بالدفع اليه كما لو اقر بالوكالة صريحا
على ما بينا قال ولو طلب الغريم تحليف الوكيل انه لم يعلم ان الموكل استوفى
منه لم يحلف لان اليمين لا تجري فيها النيابة على ما بينا من قبل وفيه خلاف

زفر

زفر **قال** واتبع رب المال واستحلفه لان قبضه يوجب براءة ذمته والطالب
لو اقر به لزمه فيستحلف عند العجز عن اقامة البينة وقد بيناه من قبل
قال وان وكله بعيب في امة فادعى البايع رضى المشتري لم يرد عليه
حتى يحلف المشتري اي وكله برد جارية بسبب عيب فيها فقال البايع
المشتري رضي بالعيب لا ترد على البايع حتى يحلف المشتري بخلاف مسئلة
الدين لان التدارك ممكن هناك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطا
عند نكوله ولا يمكن ذلك في العيب لان القضاء بالفسخ نافذ ظاهرا وباطنا
عند ابي حنيفة رحمه الله فيصح القضاء ويلزم ولا يستحلف المشتري بعد ذلك
لانه لا يفيد اذ لا يجوز فسخ القضاء وفي مسئلة الدين ليس فيه قضاء وانما
فيه الامر بالتسليم فاذا ظهر الخطا فيه امكن نزعه منه ودفعه الى الغريم
من غير نقض القضاء ولان حق الطالب في الدين ثابت يقينا لتحقق الموجب
فلا يمتنع على الوكيل استيفاؤه ما لم يثبت الغريم ما يسقطه ولا كذلك العيب
لانه لم يتيقن بعد ثبوت حق المشتري في الرد لاحتمال انه رأى العيب ورضي به
وقت التسليم فيمتنع ثبوت حقه في الرد اصلا وقالوا عند ابي يوسف ومحمد
رحمهما الله يجب ان لا يفرق بين المسئلتين بل يرد فيهما للحال لان القضا
بالخطا لا ينفذ الا ظاهرا عندهما فامكن التدارك فيهما وقيل الاصح عند
ابي يوسف رحمه الله ان يوخر في الفصلين لان من مذهبه ان القاضي لا يرد
بالعيب على البايع ما لم يستحلف المشتري بالله ما رضيت بهذا العيب
وان لم يدع البايع الرضى فلا بد من حضور المشتري وحلفه **قال**
ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من
عنده فالعشرة بالعشرة وهذا استحسان والقياس ان يكون متبرعا لانه
خالف امره فيرد العشرة على الموكل وجه الاستحسان ان الوكيل بالانفاق
وكيل بالشرا لان الانفاق لا يكون بدون الشرا فيكون التوكيل به توكيلا
بالشرا والوكيل بالشرا يملك ان ينقد من مال نفسه ثم يرجع به على الامر وهذا
لانه لا يستصحب دراهم الامر في كل مكان وينفق له ما امره من غير قصده
فيشتريه له ويحتاج الى النقد من مال نفسه فلم يجعل متبرعا تحقيقا لغرض
الامر ونفيا للحرج عن المأمور وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين
لانه ليس في مضمون الشرا ففي القياس يكون متبرعا لان امره كان متعلقا بالمال
المدفوع اليه ففي دفع مال اخر هو كالاجنبي فيكون متبرعا في القضاء من مال
نفسه ويرد على المطلوب ما اخذ منه لانه ملكه وقد كان عنده لجهة وقد
استغنى عنه وجه الاستحسان ان مقصود الامر تحصيل البراءة وقد حصلت

ولا فرق في ذلك بين الطالبين فلم يكن التقييد معتبرا فلا يعتبر ولان الوكيل
قد يبتلى بوجود الطلب في موضع ليس معه مال الموكل فيحتاج الى ان يدفع
مثله من مال نفسه ليأخذ مال الآمر وكان هذا توكيلا بالمبادلة من وجه وهذا
القدر من المبادلة يكفي لصحة الرجوع

باب عزل الوكيل

قال رحمه الله اعلم ان للموكل عزل الوكيل عن الوكالة
متى شاء لانها حقه فيملك ابطالها الا اذا تعلق بها حق الغير بان وكله
بالخصومة بالتماس من الطالب عند غيبة المطلوب فان الموكل لا يملك عزله
في هذه الحالة لانه انما خلى سبيله اعتمادا على انه يتمكن من اثبات حقه متى شاء
فلو جاز عزله لتضرر به الطالب عند اختفاء المطلوب لما فيه من ابطال
حقه فصار كالوكالة المشروطة ببيع الرهن بخلاف ما اذا كان المطلوب
حاضرا او كانت الوكالة من غير التماس من الطالب او كانت من جهته لتمكنه من
الخصومة مع المطلوب في الوجه الاول ولعدم تعلق حقه بالوكالة في الوجه
الثاني لانه لم يطالب وفي الوجه الثالث العزل الى الطالب وهو صاحب الحق
فله ان يعزله ويباشر الخصومة بنفسه وله ان يترك الخصومة بالكلية
وعلى هذا قال بعض المشايخ رحمهم الله اذا وكل الزوج وكيلا بطلاق زوجته
بالتماسها ثم غاب لا يملك عزله وليس بشيء بل له عزله في الصحيح لان المرأة
لا حق لها في الطلاق وعلى هذا قالوا لو قال الموكل للوكيل كلما عزلتك
فانت وكيلي لا يملك عزله لانه كلما عزله تجددت الوكالة له وقيل يعزل
بقوله كلما وكلتك فانت معزول وقال صاحب النهاية عندي انه يملك
عزله بان يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف ذلك الى المعلق والمنجز
لانا لو لم نجوز ذلك ادى ذلك الى تغيير حكم الشرع بجعل الوكالة من العقود
اللازمة وكلاهما ليس بشيء لان في الاول عزله وتوكيله من غير فصل بينهما
دائما الى النهاية وليس فيه وكالة تنفع ولا عزل يمنع وليس في الثاني ما يبطل
الوكالة لانه لا يتصور عزل القاضي او السلطان قبل التولية ولكن الصحيح
اذا اراد عزله واراد ان لا تنعقد الوكالة بعد العزل ان يقول رجعت
عن المعلقة وعزلتك عن المنجزة لان ما لا يكون لازما يصح الرجوع عنه
والوكالة منه قال وتبطل الوكالة بالعزل اذا علم به الوكيل وقال
الشافعي رحمه الله ينعزل بعزله وان لم يبلغه العزل لانه بالعزل يسقط حق
نفسه وجواز الوكالة لحقه والمرء ينفرد باسقاط حق نفسه كالطلاق
والعتاق وكالعزل الحكمي مثل الموت والجنون ولنا ان العزل خطاب ملزم
مقصودا وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يبلغه كخطاب الشرع

حتى

حتى اذا ابدل بالفسخ لا يثبت حكم النسخ حتى يبلغ المكلف ولان في العزل
اضرارا به لانه قد يتصرف بعد العزل قبل ان يبلغه فيلزمه الضمان بذلك
والضرر مدفوع شرعا بخلاف الطلاق والعتاق والعزل الحكمي لان العزل
فيه حكمي لضرورة عدم المحل فلا يتوقف على العلم ويستوي في ذلك الوكيل
بالنكاح وغيره والرسول ينعزل قبل العلم به اذا ارسله في البيع او غيره
ثم عزله قبل التبليغ العزل لانه يبلغ عبارة المرسل وهو نقل له فيكون عزله
رجوعا عن الايجاب ولهذا لك قبل القبول كما اذا كان المشتري اوجبه بنفسه
بخلاف الوكيل فانه يعقد بعبارة نفسه وان كانت الحقوق لا ترجع اليه
بان كان سفيرا ومعبرا كما في النكاح وامثاله وليس هنا نقل عبارة المرسل ولا
يعتبر التوكيل منه ايجابا وانما الايجاب من الوكيل فلا ينعزل حتى يبلغه
لانه صار اصيلا في حق العبارة وان لم يكن اصيلا في حق الحقوق والرسول
ليس باصيل في شيء فافترقا وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في
المبلغ غير مرة فلا نعيده وكذا لو عزل الوكيل نفسه عن الوكالة لا يصح من
غير علم الموكل ولا يخرج به عن الوكالة ولو جحد الموكل الوكالة فقال لم اوكله
لم يكن ذلك عزلا قال وبموت احدهما وجنونه جنونا مطبقا ولحوقه
مرتدا يعني تبطل هذه الوكالة ايضا لان الوكالة عقد جائز غير لازم فكان
لبقائه حكم الابتداء فيشترط لقيامه الامر في كل ساعة ما يشترط للابتداء
وشرط في الجنون ان يكون مطبقا اي مستوعبا من قولهم اطبق الغيم السما
اي استوعبها لان كثيره كالموت وقليله كالاغماء وحد المطبق شهر عند ابي
يوسف لانه يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات
وعند محمد رحمه الله حول كامل وهو الصحيح لانه يسقط به جميع العبادات حتى
الزكاة لان استيعابه حولا مع اختلاف فصوله آية استحكامه اما ما دون
الحول فلا يمنع وجوب الزكاة فلا يكون في معنى الموت والمراد باللحاق بدار
الحرب مرتدا ان يحكم الحاكم باللحاق لانه لا يثبت الا بحكم الحاكم فاذا حكم
به بطلت الوكالة بالاجماع واما قبل ذلك فموقوفة عند ابي حنيفة لان
تصرفاته موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذت وان قتل او لحق بدار
الحرب بطلت واما عندهما فتصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته هذا اذا
كانت غير لازمة وان كانت لازمة لا تبطل بهذه العوارض كما اذا كانت
الوكالة مشروطة في عقد الرهن ولهذا اذا جعل امر امرأته بيدها ثم جن الزوج
لا يبطل امرها لانه قد ملكها التصرف فصار كتمليك العين وان كانت
الوكالة بالنكاح تبطل بالردة لانه بالردة خرج من ان يكون محلا للنكاح

بنفسه فتبطل الوكالة به ايضا ثم لا تعود بالاسلام ذكره في النهاية وعزاه
في المبسوط ولا تبطل وكالة المرأة بارتدادها ما لم يلحق بدار الحرب ويحكم
الحاكم بلحاقها ولذا يجوز توكيلها بعد ارتدادها ابتداء ايضا لانها تبقى بعد
الردة مالكة للتصرف بنفسها وردتها لا تؤثر في عقودها الا اذا وكلته
بالتزويج ثم ارتدت والعياذ بالله فان ذلك ابطال لها لانها لا تملك ان تتزوج
بنفسها فكذا لا يزوجها وكيلها قال الخ لو كلت وكيلا بعد ردتها في حال
ردتها فزوجها بعد ما اسلمت صح كالعقد اذا وكلت بان يزوجها فزوجها
بعد انقضاء عدتها بخلاف ما اذا وكلته قبل الارتداد ثم ارتدت واسلمت
حيث لا يجوز ان يزوجها لان ارتدادها اخراج له عن الوكالة فصار منعزلا ولا
من جهتها ولا تعود الوكالة بعد العزل وان عاد المرتد مسلما بعد اللحاق
بدار الحرب فان كان وكيلا فهو على وكالته عند محمد ولا يعود وكيلا عند ابي
يوسف لان قضاء القاضي بلحاقه بمنزلة موته ولهذا لا يعود ملكه في مدبريه
وامهات اولاده ويعتق به كما يعتق بالموت وهذا لان التوكيل اثبات ولاية
التصرف لان اصل التصرف ملكه باهليته والولاية المستفاد بالملك واللحاق
لحق بالاموات فلا ملك ولا اهلية له وجه قول محمد ان الوكيل يتصرف بمعنى
قائم به والعجز بعارض اللحاق لتباين الدارين والتوكيل اطلاق فاذا زال
العجز والاطلاق باق فعاد وكيلا لبقاء ملك المعاني وهو العقل والقصد
في ذلك التصرف والذمة الصالحة وهذا لان محل الوكالة حق الموكل
وحقه باق بعد لحاقه بدار الحرب وانما عجز عن التصرف بعارض على شرف الزوال
فلا ينعزل به عن الوكالة فاذا زال العارض كان لم يكن فيبقى الوكيل على وكالته
بمنزلة ما لو اغمي عليه زمانا او نام ثم افاق وان كان المرتد هو الموكل
لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد انها تعود كما في الوكيل لانه اذا
عاد عاد ملكه عليه مثل ما كانت وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فتعود
على وكالته والفرق له على الظاهر ان الوكالة تعلقت بملك الموكل وقد
زال ملكه بردته ولحاقه فبطلت الوكالة على البتات بخلاف ردة الوكيل
فان ملك الوكيل باق على حاله وقد تعلقت الوكالة به وانما انقطع تصرفه
لعجزه وقد زال فتعود الوكالة كما كانت قال وافتراق الشريكين
اي تبطل الوكالة بافتراق الشريكين وان لم يعلم الوكيل به لانه عزل حكمي
والعزل الحكمي لا يشترط فيه العلم ثم هذا الكلام يحتمل وجهين احدهما ان يكون
كل واحد منهما عزل الوكالة التي تضمنها عقد الشركة لان كل واحد منهما
وكيل عن صاحبه بالتصرف فينعزل بالافتراق عن هذه الوكالة التي تضمنها

عقد

عقد الشركة لانها كانت ثابتة في ضمن الشركة فتبطل ببطلانها اذا لم يكن
مصرحا بها وفيه اشكال من حيث انه لا يصح ان ينفرد احدهما بفسخ الشركة
بدون علم صاحبه بل يتوقف على علم صاحبه لانه عزل قصدي فكيف يتصور ان
ينعزل بدون علمه ويمكن ان يحمل على ما اذا هلك المالان او احدهما قبل الشرا
فان الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التي كانت في ضمنها علما بذلك او لم
يعلما لانه عزل حكمي اذا لم يكن الوكالة مصرحا بها عند عقد الشركة على ما بينا
في كتاب الوكالة والثاني ان احد الشريكين او كلاهما لو وكل من يتصرف في المال
جاز على ما عرف فلو افترقا انعزل هذا الوكيل في حق غير الموكل منهما اذا
لم يصرحا بالاذن في التوكيل قال وعجز موكله لو مكاتبا وحجره لو مأذونا
معناه لو كان الموكل مكاتبا او عبدا مأذونا له في التجارة ينعزل الوكيل بعجز
المكاتب وحجر العبد علم بذلك او لم يعلم لان بقاء الوكالة معتبرة بابتدائها لكونها
غير لازمة لان العقود التي لا تلزم لبقائها حكم الابتدا فيشترط في حالة البقا
قيام الامر كما في الابتدا وقد تبطل بالعجز فتبطل الوكالة ويستوي فيه علم الوكيل
وعجزه وجهله لان البطلان حكمي كما اذا انصرف الموكل في الشيء الذي وكل به هذا
اذا كان وكيلا في العقود والخصومات واما الوكيل في قضاء الدين واقتضا
فلا ينعزل بعجز المكاتب ولا بحجر المحجور المأذون له لان العجز او الحجر يوجب
الحجر عليه من انشاء التصرف فيخرج وكيله عن الوكالة ولا يوجب الحجر عليه من
قضاء الديون واقتضائها فكذا لا يوجب عزل وكيله عن ذلك فان كوتب بعد
ذلك او اذن لمحجور عليه لم تعد الوكالة التي بطلت لان صحتها كانت باعتبار
ملك الموكل للتصرف عند التوكيل وقد زال ذلك بالعجز والحجر فبطلت الوكالة
فلم تعد بالكتابة الثانية والاذن الثاني ولو عزل المولى وكيل العبد المأذون
له لا ينعزل لان ذلك حجر خاص والاذن في التجارة لا يكون الا عاما فكان
باطلا الا ترى ان المولى لا يملك نهيه عن ذلك مع بقاء الاذن فكذا لا ينفذ
فعله الحكمي فيه قال وتصرفه بنفسه اي تبطل الوكالة بتصرف الموكل
بنفسه فيما وكله به لفوات المحل والمراد بتصرفه ما يعجز الوكيل عن الامتثال
به مثل ان يوكله ببيع عبده ثم يبيعه الموكل بنفسه او يدبره او يكاتبه وان لم
يعجز عن الامتثال فالوكالة باقية على حالها وهذا اصله حتى لو وكله
بطلاق امرأته فطلقها ثلاثا او واحدة فانقضت عدتها بطلت الوكالة
لعجزه عن الامتثال قال ولو تزوجها بعد ذلك ليس للوكيل ان يطلقها لتحقق
عجز الموكل عن الايقاع بانقضاء العدة فكذا الوكيل وانما يتمكن من الايقاع
بعده بسبب جديد ولم يحصل ذلك للوكيل قال ولو طلقها واحدة ولم تنقض

عدتها فللوكيل ان يطلقها اخرى لبقاء المحل ولو وكله بتزويج امراته فتزوجها
بنفسه ثم طلقها ليس للوكيل ان يزوجه اياها لان الحاجة قد انقضت
بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل بنفسه ثم ابانها حيث يجوز له ان يزوجها من
الموكل لبقاء الحاجة قال ولو وكله بطلاق امراته ثم ارتد الزوج فطلاق
الوكيل يقع عليها ما دامت في العدة لبقاء تمكن الزوج من الايقاع وان لحق
بدار الحرب فذلك بمنزلة موته ولو وكله بالخلع ثم خلعها الزوج بنفسه خرج
الوكيل عن الوكالة لان الخلع بعد الخلع لا يصح فتعذر التصرف على الوكيل بخلاف
ما اذا وكله ان يطلقها ثم خالعها الزوج حيث يقع عليها طلاق الوكيل ما دامت
في العدة لان طلاق الزوج يقع عليها في هذه الحالة فبقي الوكيل على وكالته
والاصل فيه ان ما كان الموكل فيه قادرا على الايقاع كان وكيله ايضا قادرا
على الايقاع فبقي الوكالة على حالها وما لا فلا ولو وكله ببيع شيء فباعه
الموكل ثم رد عليه بما يكون فسخا كخيار رؤية او خيار شرط او عيب قبضا او
بفساد بيع فالوكيل باق على وكالته لان ملكه المتقدم قد عاد اليه بالفسخ فتعود
الوكالة وان رد عليه بما لا يكون فسخا كالرد بعيب بغير قضاء او اقالة لا تعود
الوكالة لانه بيع في حق ثالث والوكيل ثالثهما والوكالة تعلقت بالملك الاول
وهذا ملك جديد بخلاف ما اذا رد عليه بما يكون فسخا ولو باعه الوكيل ثم رد
عليه بما يكون فسخا فله ان يبيعه ثانيا كما اذا كان البايع هو الموكل فرد عليه
بذلك قال ولو وكله بهبة شيء فوهبه المالك ثم رجع بالهبة فليس للوكيل ان
يهبه لان الواهب مختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم حاجة الواهب
الى الهبة ولو وهبه الوكيل فرجع الموكل في هبته لم يكن للوكيل ان يهبه ثانيا
لما ذكرنا قال محمد رحمه الله لا يشبه الهبة البيع لان الوكالة بالبيع لا تنقضي
بمباشرة البيع بعدما باع يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم الوكالة
فاذا انفسخ البيع والوكالة باقية جاز له ان يبيع ثانيا بحكمها اما الوكالة
بالهبة تنقضي بمباشرة الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب الرجوع ولا يصح
تسليمه فاذا رجع في هبته فقد عاد اليه العبد ولا هبة ولا وكالة فلا
يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا ولو وكله ببيع عبد فاسره العدو وادخلوه
في دارهم ثم رجع الى الموكل بملك جديد بان اشتراه منهم لم تعد الوكالة
ولو اخذه منا المشتري منهم بالثمن او بالقيمة ممن وقع في سهمه من الغانمين
فهو على وكالته لانه بالاخذ بهذا الطريق عاد اليه قديم ملكه وقد كانت الوكالة
متعلقة فاذا عاد عادت الوكالة ولو وكله باعتاق امته فاعتقها الموكل
ثم ارتدت والعياذ بالله ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وملكها لا تعود الوكالة

لانه

لانه ملك جديد غير الاول بسبب جديد ولو وكله بان يزوجه امراة معينة
وهي ذات زوج فمات زوجها او طلقها وانقضت عدتها جاز للوكيل ان
يزوجها من الموكل لان هذه وكالة مضافة لانعدام المحل وقت التوكيل
وهي جائزة ولو وكله بان يزوجه امراة معينة فارتدت والعياذ بالله
ثم اسرت واسلمت جاز للوكيل ان يزوجه اياها عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا
لهما بناء على ان تسمية المراة مطلقا ينصرف الى الحرة عندهما ولا ينصرف
عنده بل له ان يزوجه الامة ولو وكله بالبيع ثم رهنه الموكل او اجره فسلمه فالوكيل
على وكالته في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه يخرج عن الوكالة

كتاب الدعوى

قال رحمه الله هي اضافة الشيء الى نفسه حالة المنازعة اي الدعوى
ان يدعو الشيء الى نفسه في حالة الخصومة وهذا في الشريعة ولهذا قال
صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر لان كل واحد من
البينة واليمين يحتاج اليه عند اضافة الشيء الى نفسه اذا كان ثم منازع وهي
في اللغة عبارة عن اضافة الشيء الى نفسه مطلقا من غير تقييد بمنازعة
او مسالمة ماخوذ من قولهم ادعى فلان شيئا اذا اضافه الى نفسه اذا قال
لي ومنه دعوة النسب بالكسر والدعوة بالفتح في المادبة وقيل الدعوى
في اللغة قول يقصد به الانسان ايجاب الشيء على الغير الا ان اسم المدعي يتناول
من لا حجة له في العرف ولا يتناول من له حجة فان القاضي يسميه مدعيا قبل
اقامة البينة عليه وبعدها يسميه محقا لا مدعيا ويقال لمسيلمة الكذاب
لعنه الله مدعي النبوة لانه عجز عن اثباتها ولا يقال للنبي صلى الله عليه وسلم
مدعي النبوة لانه قد اثبتها بالمعجزة والدعوى اسم وليس بمصدر والفعل
ادعى والمصدر ادعاء افتعال والف دعوى للتانيث فلا تنون جمعها دعاوى
بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى واسم الفاعل مدع والمفعول مدعى
عليه والمال مدعى والمدعى به خطا ثم شرط جواز الدعوى ان يكون في مجلس
القاضي ولا تصح في غير مجلسه حتى لا يستحق على المدعى عليه جوابه وان يكون
الخصم حاضرا حتى لو ادعى على غايب لا يجاب وان يكون المدعى شيئا معلوما ليمكن
اثباته بالبينة ويتمكن القاضي من الحكم به حتى لا يجب الجواب على المدعى عليه
اذا كان المدعى مجهولا وحكمها وجوب الجواب على الخصم اذا صحت ويترتب على
صحتها وجوب احضار الخصم والمطالبة بالجواب بلا او نعم واقامة البينة
واليمين اذا انكر قال والمدعي من اذا ترك ترك والمدعى عليه بخلافه
اي لا يترك اذا ترك بل يجبر وهذا الحد الفرق بينهما وهذا اهم ما ينبني عليه

مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ رحمهم الله تعالى في حده
فمنها ما ذكر هنا وهو حد صحيح لكونه جامعا مانعا ومنها من دخول غيره
فيه وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يستحق بقوله
من غير حجة كصاحب اليد وقيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه
من يتمسك بالظاهر وقيل المدعي من يشتمل كلامه على الاثبات فلا يصير
خصما بالتكلم في النفي فان الخارج لو قال لذي اليد هذا الشيء ليس لك لا
يكون خصما ومدعيا ما لم يقل هو لي والمدعى عليه من يشتمل كلامه على النفي
فيكتفى به منه فان ذا اليد لو قال ليس هذا لك كان خصما بهذا القدر
وقوله هو لي فضل في الكلام غير محتاج اليه وقيل كل من يشهد بما في يد
غيره لنفسه فهو مدع وكل من يشهد بما في يد نفسه لنفسه فهو منكر ومدعى
عليه وكل من يشهد بما في يد غيره لغيره فهو شاهد وكل من يشهد بما في يد نفسه
لغيره فهو مقر وقال محمد رحمه الله في الاصل المدعى عليه هو المنكر والاخر هو
المدعي وهذا اصح عبارة لتمييز بينهما يحتاج الى فقه وحدة ذكاء اذ العبرة
للمعنى دون الصورة فانه قد يوجد الكلام من شخص في صورة الدعوى
وهو انكار في المعنى كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فانه مدع للرد صورة وهو
منكر للوجوب معنى فيحلفه انه لا يلزمه رده ولا ضمانه ولا يحلفه على انه
ردها لان اليمين تكون على النفي لتحقق الانكار لانه منكر الوجوب عليه
والاصل براءة الذمة فكان القول له ولا يرد على هذا المديون اذا ادعى
قضاء الدين او ابراء الطالب فان القول للطالب ثم انه يدعي شغل ذمته
والمديون البراءة لانا نقول لما اتفقا على وجوب الدين صار الشغل هو
الاصل والمديون بدعواه الايفاء او الابراء صار مدعيا خلاف الاصل والطالب
ينكر فكان القول له او نقول ان المودع امين فيكون القول قوله في دفع
الامانة موضعها كما في القاضي وامينه وكالمطلقة اذا ادعت انقضاء
العدة او بقاءها **قال** ولا تصح الدعوى حتى يذكر شيئا علم جنسه وقدره
لان فائدتها الالزام بواسطة الاشهاد ولا يتحقق الاشهاد ولا الالزام
في المجهول فلا تصح ولا يجب الجواب على الخصم فاذا بين جنسها ونوعها وقدرها
وصفتها وسبب وجوبها صحت الدعوى فيترتب عليها احكامها من وجوب الاحضار
والحضور والمطالبة بالجواب ووجوب الجواب واليمين واقامة البينة ولزوم
احضار الشيء المدعى ان لم يكن دينا ولا يتعلق بالدعوى المجهولة شيء من ذلك
لفسادها دينا وانما وجبا اذا صحت لقوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم
بينهم اذا فريق منهم معرضون الخ الحقه الوعيد لما امتنع عن الحضور بعد ما طولب

به فدل ذلك على ان الحضور مستحق عليه **قال** فلو كان عينا في يد المدعى
عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف
لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة لقطع الاحتمال فيما يمكن احضاره
من المنقول فان لم يمكن كالرحا حضره الحاكم او بعث امينه **قال** وان تعذر
ذكر قيمتها اي تعذر احضار المنقول لانه بان كانت هالكة او غائبة ذكر قيمتها
لان عين المدعى لا يمكن ضبطه بالوصف ويمكن بالقيمة فوجب المصير اليها لانها
هي المدعاة في هذه الحالة لصيرورتها دينا في الذمة وقال ابو الليث
يشترط مع ذلك في الحيوان ذكر الذكورة والانوثة وان لم تبين القيمة وقال
غصبت مني عينا كذا ولا ادري انها هالك او قائم ولا ادري كم كانت قيمته
قال في الكافي ذكر في عامة الكتب انه يسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف
قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به وعزاه الى القاضي فخر الدين والى
صاحب الذخيرة فاذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود ايضا
بل اولى لانهم ابعد عن ممارسته **قال** وان ادعى عقارا ذكر حدوده لانه
تعذر تعريفه بالاشارة لتعذر نقله الى مجلس الحكم فتعين التحديد اذ العقار
يعرف به **قال** ويكتفى بثلاثة اي يكتفى ذكر ثلاثة من الحدود وقال زفر
ذكر ثلاثة لا يكفي ولا بد من ذكر الحدود الاربعة لان التعريف لم يتم بذكر الثلاثة
كما لا يتم بذكر الاثنين ولنا ان للاكثر حكم الكل بخلاف ما اذا غلط في الرابعة
لانه يختلف به المدعى ولا كذلك تركها ونظيره اذا ادعى شراء شيء بثمن منقود فان
الشهادة تقبل وان سكتوا عن بيان جنس الثمن ولو ذكروا ذلك واختلفوا
فيه لم تقبل وكما يشترط ذكر الحد في الدعوى يشترط في الشهادة ايضا لانه
تضمن معلوما للقاضي **قال** واسماء اصحابها اي ذكر اسماء اصحاب الحدود
لان التعريف يحصل بذلك وذكر انسابهم ليتميزوا عن غيرهم **قال** ولا بد
من ذكر الجد ان لم يكن مشهورا اي لا بد من ذكر جد كل واحد من اصحاب الحدود
ان لم يكن الرجل مشهورا بين الناس وهذا عند ابي حنيفة لان تمام التعريف
يحصل به في الاصح من مذهبه وقد ذكرناه من قبل واذا كان الرجل مشهورا
يكتفى بذكره لحصول المقصود به **قال** وانه في يده اي وذكر ان العقار
في يده لان المدعى عليه لا يكون خصما الا اذا كان العقار في يده فلا بد من
بيانه **قال** ولا تثبت اليد في العقار بتصادقهما بل بينة او علم القاضي
بخلاف المنقول اي لا تثبت اليد فيه بتصادق المدعي والمدعى عليه ان العقار
في يد المدعى عليه لان اليد فيه غير مشاهدة ولعله في يد غيرهما وتواضعا
فيه ليكون لهما ذريعة الى اخذه بحكم الحاكم فلا بد من اقامة البينة فيه

او علم القاضي لتنتفي تهمة المواضعة بخلاف المنقول لان اليد فيه معاينة
فلا حاجة الى اشتراط الزيادة **قال** وانه يطالبه به اي ذكر للقاضي
انه يطالبه بالشيء المدعى لان القاضي لا يعلم لماذا ذكر حقه عنده فيذكر
انه طالب ليتبين له فلا بد من التنبيه عليه لانه لو لم يتعرض للطلب
يحسب القاضي انه انما ذكره على سبيل الحكاية فيزيل ذلك لان الوهم بالنص
على الطلب ولان القاضي لا يجب عليه ان يجيبه لاحتمال ما ذكرنا الا اذا طلب
لانه نصب لقطع الخصومات لا لانشائها فاذا اتى بطلبه اجابه والا فلا
لاحتمال ان يكون عنده برهن او وديعة او اجارة ونحو ذلك فلا يزول الاحتمال
بدون طلبه ولهذا قالوا يجب في المنقول ان يقول هو في يده بغير حق **قال**
وان كان دينا ذكر وصفه وانه يطالبه به لما ذكرنا ولا بد من بيانه على وجه لا
يبقى فيه خفاء وكذا في الشهادة وقد بيناه من قبل **قال** فان صحت الدعوى
سأل المدعى عليه عنها اي عن الدعوى لينكشف له وجه القضاء ان ثبت
حقه لان القضاء بالبينة يخالف القضاء بالاقرار وهذا لان الاقرار حجة
ملزمة بنفسه ولا يحتاج فيه الى القضاء واطلاق اسم القضاء فيه مجاز
وانما هو امر بالخروج عما لزمه بالاقرار بخلاف البينة فانها ليست حجة
الا اذا اتصل بها القضاء فيسقط احتمال الكذب بالقضاء في حق العمل
فيصير حجة يجب العمل به كسائر الحجج الشرعية **قال** فان اقر او انكر
فبرهن المدعي قضى عليه لوجود الحجة الملزمة للقضاء **قال** والا حلف
بطلبه اي وان لم يكن للمدعي بينة حلف المدعى عليه اذا طلب يمينه لانه
صلى الله عليه وسلم قال للمدعي الك بينة فقال لا فقال صلى الله عليه
وسلم لك يمينه فقال يحلف ولا يبالي فقال صلى الله عليه وسلم ليس لك
الا هذا شاهداك او يمينه فصار اليمين حقا له لاضافته اليه بلام
التمليك وانما صار حقا له لان المنكر قصد اتواء حقه على زعمه بالانكار
فمكنه الشارع من اتواء نفسه باليمين الكاذبة وهي الغموس ان كان كاذبا
كما يزعم وهو اعظم من اتواء المال والا يحصل للحالف الثواب بذكر اسم الله تعالى
وهو صادق على وجه التعظيم **قال** ولا ترد يمين على مدع لقوله عليه
السلام لو اعطي الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال واموالهم لكن اليمين
على المدعى عليه رواه مسلم واحمد جعل جنس اليمين على المنكر لان الالف
واللام للاستغراق وليس وراء الجنس شيء حتى يكون على المدعي ونظيره قوله
عليه السلام الائمة من قريش ولقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين
على من انكر قسم بينهما والقسمة تنافي الشركة وفيه الالف واللام على

ما

ما تقدم ايضا ففيه استغراق البينة واليمين ولهذا لا يقبل بينة
ذي اليد ولا يقال انما يصح الاستدلال بهذا الحديث على ما ذكرتم ان لو
كان المنكر هو المدعى عليه والخارج هو المدعي وليس كذلك بل كل واحد
منهما مدع ومنكر لانه يقول هو لي ويقول لصاحبه ليس لك لانا نقول
المعتبر فيه المقصود والمقصود للخارج اثبات الملك لنفسه والنفي يدخل
ضمنا وتبعا ومقصود ذي اليد نفيه ولهذا يقول الخارج اول ما ينطق
هو لي ويقول ذو اليد ليس لك فالاول هو المعتبر فسمي كل واحد منهما باول
ما تضمن منهما اعتبارا للمقصود دون الضمني وقال الشافعي رحمه الله اذا
لم يكن للمدعي بينة يحلف المدعى عليه فاذا نكل ترد اليمين على المدعي فان
حلف قضي له وان نكل لا يقضى له لان الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله
فيعتبر يمينه كالمدعى عليه لما كان الظاهر شاهدا له تعتبر يمينه وقال
ايضا اذا اقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن الآخر يحلف المدعي ويقضى له
لما روي انه عليه السلام قضى بشاهد ويمين ويروى انه عليه السلام قضى
باليمين مع الشاهد ولنا ما روينا وما رواه ضعيف رده يحيى بن معين فلا
يعارض ما رويناه ولانه برواية ربيعة عن سهيل بن ابي صالح وانكره سهيل
فلا يبقى حجة بعد ما انكره الراوي فضلا ان يكون معارضا للمشاهير
ولانه يحتمل ان يكون معناه قضى تارة بشاهد لعين جنسه وتارة بيمين
فلا دلالة فيه على الجمع بينهما وهذا كما يقال ركب زيد الفرس والبغل
والمراد على التعاقب ولئن سلم انه يقتضي الجمع فليس فيه دلالة على
انه يمين المدعي بل يجوز ان يكون المراد به يمين المدعى عليه ونحن نقول
به لان الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه فرجع اليمين الى المنكر عملا
بالمشاهير **قال** ولا بينة لذي اليد في الملك المطلق وبينة الخارج
احق اي لا يقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق وان اقاما بينة فبينة
الخارج اولى وقال الشافعي بينة ذي اليد اولى من بينة الخارج لتأكدها
باليد فصار كما اذا اقاما البينة على النتاج او على نكاح امرأة والمرأة
في يد احدهما فانه يكون اولى ولو ادعيا امة وادعى كل واحد منهما انها امته
دبرها او اعتقها او استولدها واقاما بينة كان بينة صاحب اليد اولى ولنا
ان البينات شرعت للاثبات لانها وان كانت في الحقيقة مبينة مظهرة لكنها
احدثت حكم الاثبات لما انا لا علم لنا به ولا الاحكام تثبت باسبابها فصارت
كالعلل الشرعية فانها امارات في حق الشارع وفي حقنا لها حكم الاثبات
ولهذا اوجب الضمان على الشهود عند الرجوع لان الحكم يحال اليهما ثم انها

فاذا كان كذلك كان بينته اكثر اثباتا لانه يثبت ببينته حقا على ذي اليد الملك
الثابت ظاهرا له وذو اليد لا يستحق على الخارج ببينته شيئا لانه لا
ملك للخارج قبل القضاء بوجه ما وقد رجحنا البينة بينة صاحب اليد كان
ثابتا ظاهرا بيده لا ترى ان من راى شيئا في يد انسان جاز له ان يشهد بانه
له واذا نازعه احد في الملك بغير بينة دفع القاضي عنه ولم تثبت ببينته
شيئا لم يكن واما بينة الخارج فانها تثبت شيئا لم يكن ثابتا له فكانت اولى
اذ البينات للاثبات بخلاف مسئلة النتاج فان بينة صاحب اليد فيه متضمنة
لرفع بينة الخارج لانها تقوم على اولية الملك واولية الملك لا تثبت لاحدهما
فاذا قدرنا ثبوتها لصاحب اليد كانت بينته متضمنة دفع بينة الخارج فوجب
التعارض بين البينتين فترجحت بينة صاحب اليد باليد وفي الملك المطلق
لم يوجد التعارض لان بينة الخارج لم تثبت الملك قبل القضاء حتى يعارضها
بينة ذي اليد بالدفع والترجيح انما يكون عند التعارض ويتصور فيه
اي في الملك المطلق فائدة ايضا لان يثبتا الملك بينهما على التعاقب فلم
يكن في بينته ما يدفع بينة الخارج فلا يقبل وبخلاف التدبير والاعتاق
والاستيلاد لان اليد لا تدل على هذه الاشياء فكان كل واحد من البينتين مثبتا
فتعارضتا فترجح بينة صاحب اليد باليد وبخلاف دعوى النكاح لانها دعوى
بسبب الملك ايضا فصارت كالنتاج في جميع ما ذكرنا وكلامنا في دعوى
الملك المطلق لا في الملك بسبب لان فيه ذا اليد اولى بالاتفاق اذا كان
سببا لا يتكرر في الملك على ما يجي بيانه في موضعه ولا يقال انهما لو لم يذكراه
سبب الملك بان ادعا كل واحد منهما انها امراته ولم يذكرا السبب كان الحكم
كذلك فبطل ما ذكرتم لانا نقول السبب فيه متعين اذ لا طريق لهذا الملك
الا به فيكون دعوى الملك فيه دعوى للسبب الا ترى انهما لو اختلفا في
ولا نص واقاما البينة كانت بينة ذي اليد اولى لتعين سببه وهو العقد
في ملكه ولا كذلك ما نحن فيه ولان الخارج هو المدعي والبينة بينة المدعي
بالحديث على ما بينا وفيه من الاستغراق فلا تقبل بينة ذي اليد ما لم يكن مدعيا
بدعوى السبب قال وقضي له ان نكل مرة بلا احلف او سكت اي قضي للمدعي
ان نكل المدعا عليه مرة صريحا بقوله لا احلف او دلالة بسكوته ويجوز ان
يكون اللام في قوله وقضي له بمعنى على اي قضى على المدعي عليه واللام تاتي
بمعنى على قال الله تعالى ان احسنتم احسنتم لانفسكم وان اساتم فلها اي فعليها
وقال الشافعي رحمه الله لا يقضي بنكوله بل ترد اليمين على المدعي اذا نكل
المدعا عليه فان حلف يقضي له بالمال وان نكل انقطعت المنازعة بينهما

لما

لما روي عن علي رضي الله عنه انه حلف المدعي بعد نكول المدعا عليه ولان اليمين
انما وجبت في الابتداء على المنكر لكون الظاهر شاهدا له فاذا نكل هو كان
الظاهر شاهدا للمدعي فيحلف ولان النكول محتمل يحتمل ان يكون لاجل
اشتباه الحال او لاجل التورع عن اليمين الكاذبة او لاجل الترفع عن الصادقة
كما فعل عثمان رضي الله عنه فانه نكل عن اليمين وقال اخاف ان يوافقه قضاء
فيقال ان عثمان حلف كاذبا فلا يكون حجة مع الاحتمال فلا يقضى به ولنا اجماع
الصحابة رضي الله عنهم وروي عن علي رضي الله عنه ايضا انه وافق اجماعهم فانه
روي عن شريح ان المنكر طلب رد اليمين على المدعي فقال ليس لك اليه سبيل
وقضى بالنكول بين يدي علي رضي الله عنه فقال له علي قالون ومعناها
بالرومية اصبت وروي عن عمر رضي الله عنه ان امراة ادعت عنة على زوجها
انه قال لها حبلك على غاربك فحلف عمر الزوج بالله ما اردت طلاقا فنكل فقضى
عليه بالفرقة وكذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما وهو مذهب ابي موسى
الاشعري ولان النكول دل على كونه باذلا او مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على
اليمين اداء للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فترجحت هذه الجهة على غيرها
من الترفع والتورع والاشتباه لان الظاهر انه ياتي بالواجب فلا يترفع
عن الصادقة والظاهر من حال المسلم انه لا يكذب فلا يكون نكوله تورعا عن
الكاذبة ظاهرا باعتبار حاله ولولا ان لا اشتباه الحال لاستمهل حتى ينكشف
له الحال فتعين ان يكون لاجل البذل او الاقرار ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما
روينا ان اليمين على المنكر قال وعرض اليمين ثلاثا ندبا اي عرض
القاضي اليمين على المدعي عليه ثلاث مرات وهو مستحب يقول له في كل مرة
اني اعرض عليك اليمين فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه اعلاما
له بالحكم لانه موضع خفاء لاختلاف العلماء فيه فان الشافعي لا يراه فاذا كرره
عليه الانذار والعرض ولم يحلف حكم عليه اذا علم انه لا افة به من طرش وخرس
وعن ابي يوسف ومحمد ان التكرار حتم حتى لو قضى القاضي بالنكول مرة لا ينفذ
والصحيح انه ينفذ والعرض ثلاثا مستحب وهو نظير امهال المرتد ثلاثة
ايام فانه مستحب فكذا هذا اما لغة في الانذار ولا بد ان يكون النكول في
مجلس القاضي لان المعتبر يمين قاطع للخصومة ولا معتبر باليمين عند غيره
في حق الخصومة فلا يعتبر وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف
ثم اذا حلف المدعا عليه فالمدعي على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه الا انه
ليس له ان يخاصمه ما لم يقم البينة على وفق دعواه فان وجد بينة اقامها عليه
وقضى له بها ولا تعرض للقضاء من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد الحلف

ويقولون يترجح جانب صدقه باليمين فلا يقبل بينة المدعي بعد ذلك كما يترجح
جانب صدق المدعي بالبينة حتى لا يعتبر يمين المنكر بعدها وهذا القول
مهجور غير مأخوذ به وليس يبنى على اصل لان عمر رضي الله عنه قبل البينة
من المدعي بعد يمين المنكر وكان شريح رحمه الله يقول اليمين الفاجرة احق
ان يرد من البينة العادلة وهل يظهر كذب المنكر باقامة البينة والطوب
انه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحنث في يمينه انه
ان كان لفلان على فلان الف فادعاها عليه فانكر فحلف ثم اقام المدعي البينة
ان له عليه الفا وقيل عند ابي يوسف يظهر كذبه وعند محمد لا يظهر وفي النهاية
لو اصطلحا على ان المدعي لو حلف فالمدعى عليه ضامن للمال وحلف فالصلح
باطل ولا شيء على المدعى عليه قال ولا يستحلف في نكاح ورجعة وفيء
واستيلاد ورق ونسب وولاء وحد ولعان قال القاضي الامام فخر الدين
رحمه الله الفتوى على انه يستحلف المنكر في الاشياء الستة يعني في هذه الاشياء
التي عدها سوى الحد واللعان وهو قولهما والاول قول ابي حنيفة لهما ان
هذه حقوق تثبت مع الشبهات فيجري فيها الاستحلاف كالاموال بخلاف
الحدود واللعان وهذا لان فائدة الحلف ظهور الحق بالنكول والنكول
اقرار لان اليمين واجب فتركه دليل على انه باذل او مقر ولا يمكن ان يجعل
باذلا لانه يجوز ممن لا يجوز البذل منه كالمكاتب والعبد المأذون له في التجارة
وكذا يجوز في الدين ولا يجوز بذله ويجب على القاضي ان يقضي بالنكول ويصح
ايجابه في الذمة ابتداء ولو كان بذلا لما صح ولا وجب وكذا يجب القصاص
به فيما دون النفس ويصح في الشائع فيما يقسم ولو كان بذلا لما صح ولما وجب
وكذا يجب القصاص به فيما دون النفس ويصح في الشائع فيما يقسم ولو كان
بذلا لما صح ولا وجب فتعين ان يكون مقرا والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه
اقرار فيه شبهة البذل فلا يثبت به ما يسقط بالشبهات كالحدود واللعان
الا ترى انها لا تثبت بالشهادة على الشهادة ولا بكتاب القاضي الى القاضي
ولا بشهادة النساء مع الرجال لما فيها من الشبهات وهذا لان نكوله يدل
على انه كاذب في الانكار ولولا ذلك لما نكل لان اليمين الصادقة فيها الثواب
بذكر الله تعالى على وجه التعظيم وصيانة ماله وعرضه بدفع تهمة الكذب
عن نفسه والعاقل يميل الى مثل هذه لا اليمين الكاذبة فيها هلاك النفس
فالظاهر انه اعرض عنها مخافة الهلاك او مخالفة لهواه وشح نفسه والا لا
لرجوع الى الحق اذ هو اولى من التمادي على الباطل قال الله تعالى ومن
يوق شح نفسه فاولئك هم المفلحون فيكون اقرارا ضرورة ولابي حنيفة

رحمه الله انه بذل واباحة وهذه الحقوق لا تجري فيها البذل والاباحة فلا
يقضى فيها بالنكول كالقصاص في النفس وكالحدود واللعان وفي حمله
على البذل صيانة عرضه عن الكذب فكان اولى ولهذا لا يجوز الا في مجلس القاضي
وقضائه ولو كان اقرارا لجاز مطلقا بدون القضاء وكذا لو كفل رجل
لرجل بما يقر له به فلان فادعى المكفول له على فلان دينا فاستحلفه فنكل لا
يجب على الكفيل شيء ولو كان اقرارا لوجب عليه وكذا لو اشترى نصف
عبد ثم اشترى نصفه الباقي فوجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فاستحلفه
فنكل فقضي عليه بالرد ثم اراد ان يرد النصف الآخر يحتاج الى خصومة
واستحلاف جديد اذا انكر ولو كان اقرارا لما استحلف ثانيا بل كان يلزمه
كله بالنكول الاول ولا نسلم ان اليمين واجبة مع البذل ولا يكون تاركا
للواجب به وهذا لان اليمين تجب عليه اذا طلب تحليفه لتنتهي به ١
الخصومة ومع البذل لا خصومة ولا طلب فلا يجب وانما جاز من المكاتب
والعبد والصبي المأذون لهم لانه فيه ضرورة فيدخل تحت الاذن في
التجارة كما يدخل الضيافة اليسيرة والهدية اليسيرة للضرورة اذ
لا بد للتجار من ذلك وانما جاز في الدين بناء على دعوى المدعي ومعنى البذل
ترك المنع وترك المنع جائز في المال لان امر المال هين بخلاف الاشياء السبعة
وانما وجب على القاضي ان يقضي بالنكول بحكم الشرع لان المدعي كان
له الشيء المدعى ظاهرا وابطله المنكر بالنزاع والشرع ابطل نزاعه الى
اليمين فاذا امتنع اليمين عاد الاصل بحكم الشرع وانما صح ايجابه في الذمة
ابتداء بناء على زعم المدعي انه محق فان معنى البذل ترك المنع ولان كان بذلا
حقيقة فالمال يجب في الذمة ابتداء كالكفالة والحوالة وانما وجب
القصاص به فيما دون النفس لان ما دون النفس يسلك به مسلك الاموال
فيجوز بذله اذا كان مفيدا الا ترى انه يجوز له قطع يده المتآكلة للعافية
فلذا يجوز بذله لدفع اليمين عن نفسه واي فائدة اعظم منه ولهذا نكل
عثمان رضي الله عنه عن الصادقة على ما بينا فهذا هو الجواب عن قولهما في
اليمين صيانة ماله وعرضه الى آخره وانما يجوز في مسائل كتاب القسمة لانه
ليس ببذل صريحا وانما صار بذلا لانه في معنى انه ترك منع وان ادعى
يأخذ محقا فلا يمتنع بالشيوع ثم الدعوى في هذه المسائل تتصور
من احد الخصمين الا في الحد واللعان والاستيلاد فانه لا يتصور
ان يكون المدعي فيها الا المقذوف والمولى واختار فخر الاسلام
علي البزدوي قولهما للفتوى على ما ذكره في المختصر واختار المتأخرين

من مشايخنا على ان القاضي ينظر في حال المدعي فان رآه متعنتا يحلفه اخذا
بقولهما وان رآه مظلوما لا يحلفه اخذا بقول ابي حنيفة وهو نظير ما
اختاره شمس الائمة في التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم ان رأى من
الخصم التعنت وقصد الاضرار بالآخر قبل بغير رضاه والا فلا وذكر
الصدر الشهيد رحمه الله ان الحدود لا يستحلف فيها بالاجماع الا اذا تضمن
حقا بان علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت فانت حر فادعى العبد انه
قد زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل يثبت العتق دون الزنا
ثم اذا لم يحلف المنكر في النسب عندهما هل تقبل بينة المدعي ينظر فان كان نسبا
يثبت العتق دون الزنا ثم اذا لم يحلف المنكر في النسب بالاقرار يقبل بينته
وذلك مثل الولد والوالد وان لم يثبت باقراره لا تقبل بينته مثل الجد وولد
الولد والاعمام والاخوة واولادهم لان فيه حمل النسب على الغير بخلاف دعوى
الولاء الاعلى والاسفل حيث تقبل وان ادعى انه معتق جده ويجوز ذلك والفرق
بينهما ان النسب لا يثبت فيهم الا بواسطة فيكون فيه تحميلا على الواسطة
اما الولاء فلا يثبت بواسطة بل يجعل في الحكم كانه هو المعتق ولهذا لا يرث
النساء الولاء ولو كان بواسطة لثبت لهن وكذا يكون الولاء للكبير ولو كان
بطريق الارث لما كان له كما في المال وكذا لو اعتق عبدا ثم مات المولى عن ابنين
ثم مات الابنان احدهما عن ابن واحد والآخر عن عشرة ثم مات المعتق فان ماله
يقسم بينهم على احد عشر سهما يجعل كانهم اعتقوه ولو كان بطريق الارث لكان
لابن الواحد النصف وللعشرة النصف نصيب ابيهم وعندهما يثبت
بالنكول اذا كان نسبا يثبت باقراره والا فلا قال ويستحلف
السارق فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله شيئان الضمان وهو يجب
مع الشبهة فيجب بالنكول والقطع وهو لا يجب مع الشبهة فلا يجب بالنكول
فصار نظير ما اذا ثبتت السرقة بشهادة رجل وامرأتين او بالشهادة
على الشهادة او بكتاب القاضي الى القاضي فان ضمان المال يجب بها دون
القطع ويقول في الاستحلاف بالله تعالى ما له عليك مال وعن محمد اذا كان القاضي
يقول للمدعي ماذا تريد فان قال اريد القطع قال له ان الحدود لا يستحلف
فيها وليس لك يمينه وان قال اريد المال قال له دع دعوى السرقة وادعي
قال والزوج اذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول فان نكل ضمن
نصف المهر اي يستحلف الزوج اذا ادعت المرأة ذلك وهذا بالاجماع لان
الاستحلاف يجري في المال بالاتفاق لا سيما اذا كان المقصود هو المال
وكذا في النكاح اذا ادعت الصداق او النفقة لان دعوى المال ثم تثبت

المال

المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا يستحلف في النسب اذا ادعى حقا كالارث
والحجر والنفقة والعتق بسبب الملك وامتناع الرجوع في الهبة فان يثبت
الحق ولا يثبت النسب ان كان نسبا لا يصح الاقرار به وان كان يصح الاقرار
به فعلى الخلاف الذي ذكرنا قال وجاحد القود فان نكل في النفس
حبس حتى يقر او يحلف وفيما دونه يقتص اي يستحلف جاحد القصاص
فان نكل في النفس يحبس حتى يحلف او يقر وان نكل فيما دون النفس
يقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه الارش فيهما لان النكول
اقرار فيه شبهة عندهما لانه في امتناعه عن اليمين احتمالا يحتمل لاجل الترفع
على ما بينا فلا يجب به العقوبة كالحدود فاذا امتنع وجوب القصاص
يجب عليه الارش بخلاف ما اذا قام على ذلك رجل وامرأتان حيث لا يقضى
فيه بشيء وكذا بالشهادة على الشهادة فيه لا يقضى بشيء لان القصاص
تسقط فيه لمعنى من جهة من له فلا يجب شيء وفي النكول لمعنى من جهة من عليه
فيقضى بالارش ونظيره اذا اقر بالقتل خطأ والولي يدعي العمد يجب
الدية وبالعكس لا يجب بالنكول لان المال فيه اصل ثم يتعدى الى العمد فاذا
قصر يبقى الاصل على حاله وهنا الاصل القصاص ثم يتعدى الى المال اذا
وجد شرطه ولابي حنيفة ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال حتى ابيح
قطعها للحاجة ولا يجب على القاطع الضمان اذا قطعها بامره بخلاف النفس
فانه لو قتله بامره يجب عليه القصاص في رواية والدية في اخرى فاذا
سلك بها مسلك الاموال يجري فيها البذل كالاموال الا انه لا يجوز قطعها
بلا فائدة وهذا البذل مفيد لدفع الخصومة فصار كقطع اليد للآكلة

وقلع السن للوجع واذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق عليه
يحبس فيه كما في القسامة قال ولو قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب
اليمين لم يستحلف وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يستحلف ومحمد رحمه
الله مع ابي حنيفة في رواية ومع ابي يوسف في اخرى وهذا الخلاف فيما اذا
كانت حاضرة في المصر واذا كانت خارج المصر يحلف بالاجماع وان كانت في
مجلس الحكم لا يحلف بالاجماع لابي يوسف رحمه الله ان اليمين حقه بالحديث
الذي رويناه وله غرض صحيح في الاستحلاف وهو ان يندفع به مؤنة المسافة
ويتوصل الى حقه في الحال باقراره او نكوله وفي البينة احتمال فلعلها لا
تقبل فيجيبه الى طلبه كما اذا كانت خارج المصر ولابي حنيفة ان ثبوت الحق
في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة على ما رويناه فلا يكون حقه دونه
كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس بخلاف ما اذا كانت خارج المصر

لانه قد يتعذر عليه الجمع بين خصمه وشهوده فيكون عاجزا ولان في استحلافه مع
حضور الشهود هتك المسلم اذا اقام البينة بعدما حلف فيجب ان يتوقاه
قال وقيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلاثة ايام كيلا يضيع حقه بتغييبه
نفسه وفيه نظر للمدعي وليس فيه ضرر بالمدعا عليه لان الحضور واجب عليه
اذا طلبه لما تلونا حتى تعدي عليه ويشخص الى القاضي ويحال بينه وبين
اشغاله فيصح التكفيل باحضاره بمجرد الدعوى كاستحلافه بمجرد الدعوى
ويجب ان يكون الكفيل ثقة معروفا بين الناس لا يتوهم اختفاؤه حتى تحصل
به فايدة التكفيل وهذا استحسان والقياس انه لا يلزم التكفيل لان الحق
لم يجب عليه بعد بخلاف ما بعد اقامة البينة والتقدير بثلاثة ايام مروي
عن ابي حنيفة وهو الصحيح وعن ابي يوسف انه مقدر بما بين مجلس القاضي
حتى اذا كان يجلس في كل يوم يكفل الى اليوم الثاني وان كان يجلس في عشرة ايام
يكفل الى عشرة ايام ولا فرق في الظاهر بين الوجيه والخامل وبين الحقير من
المال والخطير وعن محمد انه ان كان معروفا والظاهر من حاله انه لا يخفي نفسه
بذلك القدر من المال لا يجبر على اعطاء الكفيل وكذا لو كان المدعا حقيرا
لا يخفي الانسان نفسه لاجله لا يجبر على الكفيل لكن اذا اعطاه هو باختياره
يوخذ منه وهذا اذا قال لي بينة حاضرة وان قال ليس لي بينة او شهودي
غيب لا يوخذ منه كفيل لعدم الفايدة في التكفيل لان الغايب كالهالك من
وجه وليس كل غايب ايب ولا يمكنه الاستحلاف في الحال فلا معنى للاشتغال
بالتكفيل **قال** فان ابى لازمه اي دار معه حيث سار اي ان ابى ان
يكفل لا يجبره القاضي على التكفيل بل يامره بملازمته مقدار مدة التكفيل
على التوالي حتى لا يغيب **قال** ولو كان غريبا لازمه مقدار مجلس القاضي
اي الى ان يقوم من مجلسه لانه يلحقه الضرر بالزيادة على ذلك فلا يزاد
عليه ولا ضرر في هذا القدر ظاهرا وكذا اذا اخذ منه كفيل لا يوخذ منه
الا مقدار مجلس الحاكم لما ذكرنا وله ان يطلب التوكيل بخصومته حتى لو غاب
الاصيل يقيم البينة على الوكيل فيقضي عليه وان اعطاه كفيلا بنفس الوكيل
فله ان يطالبه بالكفيل بنفس الاصيل ان كان المدعا دينا لان الدين
يثبت في ذمة الاصيل دون الوكيل ولو اخذ كفيلا بالمال فله ان يطلب
كفيلا بنفس الاصيل لان المقصود الاستيفاء وقد يكون من الاصيل ايسر وان
كان المدعا منقولا فله ان يطالبه مع ذلك كفيلا بالعين ليحضرها
ولا يغيبها المدعى عليه وان كان المدعا عقارا لا يحتاج الى ذلك لانه
لا يقبل التغييب **قال** واليمين بالله تعالى لا بطلاق وعتاق

الا اذا الح الخصم المدعي عليه لما روي عمر انه عليه السلام سمع عمر وهو يحلف بابيه
فقال ان الله ينهاكم ان تحلفوا بابايكم فمن كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت
رواه البخاري ومسلم واحمد وفي لفظ قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
من كان حالفا فلا يحلف الا بالله او ليصمت ومن كان وكانت قريش تحلف
بابايها فقال لا تحلفوا بابايكم رواه مسلم واحمد والنساي وعن ابي هريرة
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحلفوا الا بالله ولا تحلفوا الا وانتم
صادقون رواه النساي وهذا الحديث باطلاقه يمنع الحلف بالطلاق
والعتاق وقال بعضهم يسوغ للقاضي ان يحلف بهما اذا الح الخصم لقلة
مبالاة الناس باليمين بالله تعالى في زماننا لكن اذا نكل لا يقضي عليه
بالنكول لانه امتنع عما هو منهي عنه شرعا ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ ولو
طلب المدعا عليه تحليف الشاهد او المدعي انه لا يعلم ان الشاهد كاذب
لا يجيبه القاضي لانا امرنا باكرام الشهود والمدعي لا يجب عليه اليمين لا سيما
اذا اقام بينة **قال** وتغلظ بذكر اوصافه اي يوكد اليمين بذكر اوصاف
الله تعالى وذلك مثل قوله والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة
الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك
ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه لان احوال
الناس شتى فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ويتجاسر عند عدمه فيغلظ
عليه لعله يمتنع بذلك وله ان يزيد على هذا ان شاء وله ان ينقص عنه
الا انه يحتاط ويحترز عن عطف بعض الاسما على البعض كي لا يتكرر عليه
اليمين ولو اتى به بالعطف فاتى بواحدة ونكل عن الباقي لا يقضى عليه بالنكول
لان المستحق عليه يمين واحدة وقد اتى بها ولو لم تغلظ جاز وقيل لا
تغلظ على المعروف بالصلاح وتغلظ على غيره وقيل تغلظ على الخطير من المال
دون الحقير ولو غلظ عليه فحلف من غير تغليظ ونكل عن التغليظ لا يقضى
عليه بالنكول لان المقصود الحلف بالله تعالى وقد حصل **قال**
لا بزمان ومكان اي لا يوكد عليه اليمين بزمان ولا بمكان وقال الشافعي
رحمه الله ان كانت اليمين في قسامة او لعان او في مال عظيم يبلغ مايتي
مثقال تغلظ بالمكان فيحلف بين الركن والمقام ان كان بمكة وعند قبر
النبي عليه السلام ان كان في المدينة وعند الصخرة ان كان في بيت المقدس
وفي الجوامع في غيرها فان لم يكن فعلى الساحل ويكون ذلك يوم الجمعة بعد
العصر ولنا اطلاق قوله عليه السلام اليمين على من انكر والتخصيص
بالمكان او الزمان زيادة على النص وهو نسخ ولان المقصود تعظيم

المقسم به وهو يحصل بدون ذلك ولان فيه حرجا على القاضي حيث يكلف
حضورها وهو مدفوع ولان فيه تأخير حق المدعي في اليمين فلا يشرع
ولانه اخذ ما يقطع به الخصومة فلا يختص بهما كالبينة قال ويحلف
اليهودي بالله الذي انزل التورية على موسى عليه السلام والنصراني بالله
الذي انزل الانجيل على عيسى عليه السلام والمجوسي بالله الذي خلق النار
والوثني بالله لقوله عليه السلام لابن صوريا الاعور اليهودي انشدك
بالله الذي انزل التوراة على موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا ولان اهل
الكتاب يعتقدون نبوة نبيهم فيوكد عليهم بذكر المنزل على نبيهم والمجوسي
يعتقد تعظيم النار فيوكد عليه بذكر خلقها والوثني وهو الذي يعبد
غير الله يعتقد ان الله تعالى خالقه وانما يشرك مع الله تعالى غيره قال
الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله وعن ابي
حنيفة رحمه الله انه لا يحلف احد الا بالله تعالى خالصا احترازا عن اشراك
غيره في التعظيم مع الله تعالى وذكر الخصاف انه لا يحلف غير اليهودي والنصراني
الا بالله تعالى وهو اختيار بعض مشايخنا ولان في ذكر النار في اليمين
تعظيمها ولا ينبغي ان يعظم النار بخلاف التوراة
والانجيل لان كتب الله تعالى واجبة التعظيم وما ذكره هنا هو المذكور
في الاصل وكانه وقع عند محمد رحمه الله انهم يعظمونها تعظيم المسلم الشعاير
ولا يتعبدون بها حقيقة قال ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لان فيه
تعظيمها والقاضي ممنوع من حضورها مع ما عليه من الحرج وهو مدفوع
عندنا ايضا قال ويحلف على الحاصل اي بالله ما بينكما نكاح قائم وبيع
قائم وما يجب عليك رده وما هي بائن منك الان في دعوى النكاح والبيع
والغصب والطلاق ولا يقال بالله ما نكحت ولا بالله ما بعت ولا بالله ما
غصبت ولا بالله ما طلقت لان هذه الاشياء قد تقع ثم ترتفع برافع كالطلاق
والاقالة والهبة والنكاح الجديد فلا يمكن تحليفه على السبب فيحلفه
على الحاصل كيلا يتضرر المدعى عليه لانه لو اقر بالسبب ثم ادعى طرو الرفع
لا تقبل بينته فيحتاط بهذا الطريق اذ لا ضرر فيه على المدعي لان المقصود
من الاسباب احكامها فيحلف على نفيها لا على نفي السبب وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يحلف على السبب لان اليمين حق المدعي
فيحلف على وفق دعواه والمدعى هو السبب الا اذا عرض المدعى عليه
بان قال قد يبيع البيع ثم يتقايلان ولا يوجد ذلك فانه حينئذ يحلف على الحاصل
نظرا له كي لا يفوت حقه وعنه انه ينظر الى انكار المدعى عليه فان انكر

السبب

السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل وقال فخر الاسلام يفوض
الى راي القاضي وهذا الخلاف فيما اذا كان السبب يرتفع برافع وليس
في تحليفه على الحاصل ضرر بالمدعي فان كان سببا لا يرتفع برافع فانه يحلف
على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة
والعبد الكافر لان الرق يتكرر عليهما بالارتداد ونقض العهد ثم اللحاق
بدار الحرب ولا يتكرر على العبد المسلم اذ لا يقبل منه الا الاسلام او السيف
عند ارتداده وكذا اذا كان في التحليف على الحاصل ضرر بالمدعي مثل ان يدعي
شفعة بالجوار والمدعى عليه لا يراها ومثل ان تدعي المبتوتة النفقة والزوج
لا يراها فانه يحلف حينئذ على السبب بالاجماع لان في تحليفه على الحاصل ترك
النظر في جانب المدعي اذ هو يحلف بناء على اعتقاده فيبطل حق المدعي قال
وان ادعى شفعة بالجوار او نفقة المبتوتة والمشتري او الزوج لا يراهما
يحلف على السبب لما ذكرنا وحاصله ان التحليف على الحاصل هو الاصل عندهما
الا اذا ادى الى الاضرار بالمدعي او كان سببا لا يتكرر فحينئذ يحلف على السبب
وعند ابي يوسف التحليف على السبب هو الاصل الا اذا عرض فحينئذ يحلف على
الحاصل على ما بينا قال وعلى العلم لو ورث عبدا فادعاه اخر اي يحلف
على العلم اذا ورث عبدا وادعى اخر انه له ولا يحلف على البتات لان الوارث
لا يعلم ما فعل المورث فيمتنع عن اليمين فيلحقه بذلك ضرر وهو محق ظاهرا
فلا يحلف على البتات دفعا للضرر عنه قال وعلى البتات لو وهب له
او اشتراه يعني يحلف على البتات ان كان ملكه بالهبة له او بشرائه اياه
لان الهبة والشراء سبب موضوع للملك باختيار المالك ومباشرته ولو لم يعلم
انه ملك من ملكه لما باشره لتسلط ظاهرا فيحلف على العلم وهذا لان الملك
باختياره لا يكون الا بعد التفحص ظاهرا فيطلق له الحلف على البتات
فاذا امتنع عما اطلق له يكون باذلا اما الوارث فانه لا اختيار له
في الملك ولا يدري ما فعل المورث فلم يوجد ما يطلق له اليمين على البتات
ولان الوارث خلف عن الميت واليمين لا تجري فيها النيابة فلا يحلف على
البتات والمشتري والموهوب له اصيل بنفسه فيحلف عليه والاصل فيه
ان اليمين متى ما وقعت على فعل الغير فاليمين على العلم ومتى وقعت
على فعل نفسه يكون على البتات الا ترى انه عليه السلام حلف اليهود بالله
ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا فحلفهم على البتات في الاول لانه فعلهم وفي
الثاني على العلم لانه فعل غيرهم قال الحلواني هذا الاصل مستقيم في
المسائل كلها الا في الرد بالعيب فانه اذا ادعى المشتري ان العبد ابق ونحو

ذلك فاذا ادعى المشتري تحليف البايع فانه يحلفه على البتات مع انه فعل الغير
وانما كان كذلك لان البايع ضمن تسليم المبيع سالما عن العيوب فالتحليف
يرجع الى ما ضمن بنفسه فيحلف على البتات ولانه انما يكون الحلف على فعل
الغير على العلم اذا قال المنكر لا علم لي بذلك واما اذا ادعى العلم فيحلف
على البتات الا ترى ان المودع اذا قال ان الوديعة قبضها صاحبها يحلف
على البتات وكذا الوكيل بالبيع اذا ادعى قبض الموكل الثمن فانه يحلف
على البتات لادعايه العلم بذلك وكل موضع وجبت اليمين فيه على البتات فحلف
على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه وفي
كل موضع وجبت اليمين فيه على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط
اليمين عنه ولا يقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات اكد فيعتبر
مطلقا بخلاف العكس **قال** ولو افتدى المنكر يمينه او صالح منها
على شيء صح ولم يحلف بعد لما روي ان عثمان رضي الله عنه ادعي عليه اربعون
درهما فاعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل الا تحلف وانت صادق
فقال اخاف ان يوافق قدر بلاء فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وقيل
كان له عليه مقدار سبعة الاف درهم اقرضها اياه فقضاه منها اربعة
الاف فترافعا الى عمر فلم يحلف ولان بالافتداء صيانة عرضه وهو مستحسن
عقلا وشرعا وقد قال عليه السلام ذبوا عن اعراضكم باموالكم وقال علي
كرم الله وجهه اياك وما يسبق عند الناس انكاره وان كان عندك اعتذاره
ولان المنكر يدفع به الخصومة وتهمة الكذب عن نفسه والمدعي ياخذ
على انه حقه او عوضا عنه فيجوز وان لم يكن الحق ثابتا الا كالقصاص وكما ان
يكون العقد واحدا من جهتين كمن اقر بحرية عبد ثم اشتراه فانه يعطي الثمن
بدل ملكه لرقبته في زعم البايع وهو فداء في حق المشتري حتى يعتق العبد
وكما في الصلح عن الانكار فانه بدل حقه في حق المدعي وافتداء اليمين وقطع
الخصومة في حق المنكر ثم لما اسقط حقه في اليمين بلفظ الصلح والفداء
لا يكون له ان يستحلفه بعد ذلك ابدا بخلاف ما اذا اشترى يمينه بمال حيث
لا يجوز لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال فبطل
وبقي حقه في اليمين على حاله

باب التحالف

قال اختلفا في قدر الثمن او المبيع قضي لمن برهن اي لمن اقام البينة لانه
نور دعواه بالبينة اذ البينة مثبتة كاسمها فيبقى في الجانب الاخر مجرد
الدعوى والبينة اقوى منها اذ هي متعدية حتى توجب القضاء على القاضي
فلا يعارضها مجرد الدعوى **قال** وان برهنا فللمثبت للزيادة اي

اذا اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان
البينات شرعت للاثبات ولا معارضة في قدر ما اتفقا عليه ولا في
الزيادة فيجب كله ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعا فبينة البايع اولى
في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع لما ذكرنا وفي النهاية اذا قال البايع
بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بماية
دينار واقاما البينة فبينة البايع اولى لانها تثبت الحق له فيه والاخرى
تنفيه والبينة للاثبات دون النفي **قال** وان عجزا ولم يرضيا بدعوى
احدهما تحالفا اي ان عجزا عن اقامة البينة ولم يرض واحد منهما بما قاله
صاحبه تحالفا قيل لكل واحد منهما اما ان ترضى بما قاله صاحبك والا فسخنا
البيع عليك تحالفا وانما يقول لهما ذلك لان المقصود قطع المنازعة وهذا
طريق فيه فلعلهما يرغبان في البيع دون الفسخ فيرضيان به اذا علما ذلك
قال وبدئ بيمين المشتري وهو قول محمد وزفر وابي يوسف اخرا ورواية
عن ابي حنيفة وهو الصحيح لان المشتري اشدهما انكارا اذ هو المطالب
بالثمن اولا فينكر عند المطالبة فيكون بادئا بالانكار وعند نكوله يطالب
بالثمن للحال من غير تاخير فتتعجل به فايدة اليمين وهو الالزام او البذل
عند النكول ونكول البايع تتاخر الفايدة لان تسليم المبيع متاخر الى زمان
تسليم الثمن لانه يمسك المبيع حتى يستوفي الثمن فكان ما يتعجل به فايدته اولى
وعن ابي يوسف انه يبدا بيمين البايع لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان
فالقول ما قاله البايع خصه بالذكر فكان ينبغي ان يكتفى بيمينه فان تقاصر
عن افادته فلا يتقاصر عن افادة التقديم وقيل يقرع بينهما في البداية
هذا اذا باع سلعة بثمن وان باع ثمنا بثمن او سلعة بسلعة بدا القاضي
بايهما شاء لاستوايهما في فايدة النكول **قال** وفسخ القاضي بطلب
احدهما لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ولانهما
لما حلفا لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع بثمن مجهول او بلا بدل فيفسخ
لان البيع بلا ثمن او بثمن مجهول فاسد ولا بد من الفسخ فيه وقيل ينفسخ بنفس
التحالف والصحيح الاول بدليل ما ذكر في المبسوط ان وطي الجارية المبيعة يحل
بعد التحالف قبل فسخ القاضي البيع بينهما ولو كان لا ينفسخ لما حل وصفة
اليمين ان يحلف البايع بالله ما باعه بما ادعاه المشتري ويحلف المشتري
بالله ما اشتراه بما ادعاه البايع وذكر في الزيادات انه يحلف بالله ما باعه
بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين
ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على

على الثمن لان الايمان على ذلك وضعت الا ترى انه اقتصر عليه في القسامة ٥
بقولهم ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا والمعنى فيه ان اليمين يجب على المنكر وهو
الثاني فيحلف على هيئة النفي اعتبارا بان الحلف وجب عليه لانكاره وانما
وجب على البائع والمشتري لان كلا منهما منكر لان البائع يدعي زيادة الثمن
والمشتري ينكر ويدعي المشتري زيادة المبيع والبائع ينكر ان كان الخلاف
فيهما وان كان الخلاف في احدهما فاحدهما يدعي زيادة البدل والاخر ينكر
والمنكر منهما يدعي وجوب تسليم البدل على صاحبه عند تسليمه البدل والاخر
ينكره فصارا مدعيين ومنكرين فتقبل بينة كل واحد منهما لكونه مدعيا
ويحلف كل واحد منهما لكونه منكرا وهذا اذا كان قبل قبض احد البدلين
فظاهر وهو قياسي وان كان بعده فمخالف للقياس لان القابض منهما لا
يدعي شيئا على صاحبه وانما ينكر ما ادعاه الاخر ولكن عرفناه بالنص وهو
قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا
وترادا **قال** ومن نكل لزمه دعوى الاخر لانه بذل او انفصال القضاء
به لا يوجب شيئا اما على اعتبار البذل فظاهر واما على اعتبار انه اقرار
فلانه اقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجبا بانفراده وهذا الذي
ذكرناه في التحالف اذا كان اختلافهما في البدل مقصودا واما اذا كان
في ضمن شيء اخر كما ان يشتري الرجل من اخر سمنا في زق ووزنه مائة رطل
ثم جاء بالزق ليرده على صاحبه ووزنه عشرون فقال البائع ليس هذا زقي
وقال المشتري هو زقك فالقول قول المشتري سواء سمى لكل رطل ثمنا
او لم يسم فجعل هذا اختلافا في المقبوض وفيه القول قول القابض
في نفس القبض والمقبوض وكذا في مقدار المقبوض وان كان في ضمنه اختلافا
في الثمن لان الثمن يزداد بنقصان الزق وينتقص بزيادته فالبائع
يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكر ولم يعتبر هذا الاختلاف في ايجاب
التحالف لان الاختلاف فيه وقع مقتضى اختلافهما في الزق **قال**
وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في قبض بعض الثمن او بعد هلاك
المبيع او بعضه او في بدل الكتابة او في راس المال بعد اقالة السلم لم
يتحالفا والقول قول المنكر مع يمينه اما الاختلاف في الاجل او في شرط الخيار
او في قبض بعض الثمن فلانه اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به
فاشبه الاختلاف في الحط والابراء ولهذا لا يختل العقد بانعدامه
بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف
في القدر حتى يجري فيه التحالف لانه يرجع الى نفس الثمن لانه يعرف بالوصف

لا غير لكونه دينا في الذمة ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف له الا ترى
ان الثمن موجود بدونه وكذا مستحقهما مختلف فان الثمن حق البائع والاجل
حق المشتري ولو كان وصفا للثمن لكان حق البائع وقال زفر والشافعي
يتحالفان في الاجل اذا اختلفا في اصله او قدره لان هذا في معنى الاختلاف
في مقدار مالية الثمن فان المؤجل انقص من الحال في المالية ولان النص
اوجب التحالف عند اختلاف المتبايعين ولم يفصل قلنا وجوب التحالف
متعلق باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوبه
باختلافهما فيما يثبت به البيع وهو يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل فصار
كانه قال اذا اختلف المتبايعان في المبيع او الثمن تحالفا وقد بينا ان
الاجل ليس بوصف للثمن اذ لو كان وصفا له لذهب عند ذهابه اذ الشيء
لا يبقى بدون وصفه وفرق بين الاجل في السلم وبين ما نحن فيه عند ابي حنيفة
فانه جعل هنالك القول قول من يدعي الاجل وجعل القول هنا للمنكر ٥
والفرق انه شرط في السلم وتركه فيه مفسد للعقد واقدامهما عليه يدل
على الصحة فكان القول لمن يدعيه لان الظاهر يشهد له بخلاف ما نحن فيه
لانه لا تعلق له في الصحة والفساد فيه فكان القول للنافي لان الاجل
اجنبي عن العقد ولهذا لو شهد احد الشاهدين بانه باعه بالف الى شهر
وشهد الاخر بانه باعه بالف ولم يذكر الاجل تقبل شهادتهما كما لو شهد احدهما
انه باعه بشرط الخيار الى ثلاثة ولم يذكر الاخر الخيار ولو كان وصفا للثمن
لما قبل وكذا اذا اختلفا في اصل البيع او مكان الايفاء في السلم فيهما لا تحالف
لان احدهما انفرد في ذكر اصل البيع والاختلاف في مكان الايفاء وقد
مر بيانه في البيوع واما اختلافهما بعد هلاك المبيع فالمذكور هنا قول
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد والشافعي رحمهما الله يتحالفان
ويفسخ البيع على قيمة الهالك وعلى هذا الخلاف اذا خرج المبيع عن ملكه
ببيع او هبة وصار بحال لا يمكن رده لهما قوله عليه السلام اذا اختلف
المتبايعان تحالفا وترادا مطلقا من غير اشتراط قيام السلعة والمراد
باشتراطه في الحديث الاخر التنبيه على عدم سقوطه في حالة ادنى منها
كانه يقول والله اعلم تحالفا وان كانت السلعة قائمة لانه يمكن تمييز الصادق
من الكاذب اذا كانت السلعة قائمة بتحكيم قيمتها في الحال ولا يمكن ذلك
بعد الهلاك فاذا كان يجري التحالف بينهما مع امكان المعرفة فاولى ان يجري
عند عدم الامكان ولان كل واحد منهما يدعي عقدا غير العقد الذي يدعيه
صاحبه اذ البيع بالف غير البيع بالفين الا ترى ان الشاهدين في البيع اذا

اختلفا في قدر الثمن لا تقبل شهادتهما لعدم كمال النصاب في كل واحد من
الشيئين فصار كما لو ادعى احدهما البيع و الاخر الهبة او كان البيع مقايضة
فملكا احد البدلين و اختلفا في جنس الثمن و في التحالف فائدة و هو تسليم
ما يدعيه البائع له على تقدير نكول المشتري او سقوط الثمن كله عن المشتري
على تقدير عدم نكوله و لابي حنيفة و ابي يوسف قوله عليه السلام اذا اختلف
المتبايعان و السلعة قائمة تحالفا و ترادا شرطا ان تكون السلعة قائمة
و ما ذكر من المطلق محمول عليه و لفظ الترادّ فيه يدل عليه لان الترادّ
يكون في القائم دون الهالك و لانه يحمل المطلق على المقيد اذا كان الراوي
لهما عن النبي عليه السلام واحدا بالاجماع و يحمل ترك الراوي عن النبي عليه
السلام القيد الى الغفلة و قلة ضبطه بخلاف ما اذا اختلف الروايات
عن النبي عليه السلام حيث يترك كل واحد منهما على حاله فيعمل بهما ما لم يكن
الاطلاق و التقييد في حكم واحد و محل واحد و هذا لان الحديثين هنا
يرويهما ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم فيؤخذ بالمقيد لما ذكرنا
و التحالف بعد القبض على خلاف القياس على ما بينا فلا يلحق به غيره
فلا يتعدى الى حال هلاك السلعة لانه ليس في معناه اذ لا يعود كل واحد
منهما الى راس ماله و لا يدعي المشتري فيه شيئا بخلاف ما قبل القبض على
ما بيناه و لانه بالتحالف ينفسخ العقد و الفسخ يرد على عين ما ورد عليه
العقد فيشترط قيامه كالعقد و لهذا لا تجوز الاقالة و لا الرد بالعيب بعد
هلاكه و لا معنى لقولهما ان كل واحد منهما يدعي عقدا غير ما يدعيه الاخر
فان العقد لا يختلف باختلاف قدر الثمن من جنس واحد الا ترى ان الوكيل
بالبيع بالف يبيعه بالفين و اذا بيع بالعيب يصير بالفين بالزيادة في
الثمن و بخمسمائة بالحط و انما لا تقبل شهادتهما اذا اختلفا في القدر مع
اتحاد الجنس لان المدعى احدهما لا لاختلاف العقد بخلاف ما لو اختلفا
في جنس الثمن لان البائع يدعي عليه الدنانير و المشتري ينكر و المشتري يدعي
الشراء بالدراهم و البائع ينكر و انكاره صحيح و كذا دعواه لان المبيع لا يسلم
له الا بثمن فكان دعواه الثمن دعوى البيع و لم يتفقا على ثمن و هنا اتفقا على
الف و هو ملتقى للصحة و لهذا لو كان المبيع جارية جاز وطيها قبل الفسخ
بعد التحالف و لو كان مختلفا لما صح كما لو ادعى احدهما هبة و الاخر بيعا
لاختلافهما حقيقة و بخلاف بيع المقايضة لان كل واحد منهما مبيع فكان
البيع قائما ببقاء المعقود عليه و لهذا تجوز الاقالة فيه و يرد بالعيب فاذا
كان باقيا رده و رد الاخر مثل الهالك ان كان من ذوات الامثال و الا

فقيمته

فقيمته و لا نسلم ان التحالف هنا فائدة لان المقصود في الفسخ ان لا يسلم لكل
واحد منهما العوض و يرجع اليه عين ماله الذي ورد عليه العقد و هنا
يسلم المبيع للمشتري بقيمته كما يسلم له بالثمن اذا لم ينفسخ فلا يعتد بالاختلاف
بسبب السلامة بعد حصول المقصود كما اقر بالف من ثمن متاع فقال المقر له
من غصب فانه يؤمر بالدفع اليه لاتحاد الحكم بخلاف ما اذا قال بعتني هذه
الجارية فانكر و قال ما بعتكها و انما زوجتكها فانه لا يجوز له ان يطاها لاختلاف
الحكم فان حكم ملك اليمين خلاف حكم الزوجية و كذا لا يرجع الى البائع بالفسخ
عين ماله الذي ورد عليه العقد فلا يكون في الفسخ فائدة لان ما يعتبر
من الفائدة موعود ما ورد عليه العقد الى صاحبه لا اي فائدة كانت و ان
اختلفا بعد هلاك بعض المبيع فالمذكور هنا قول ابي حنيفة رضي الله عنه
و صورته انه باع عبدين صفقة واحدة ثم هلك احدهما عند المشتري
ثم اختلفا في الثمن قال القدوري فيه لا يتحالفان الا ان يرضى البائع ان
يترك حصة الهالك و جعل هذا في النهاية لفظ المبسوط و في الجامع
الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يشاء
البائع ان ياخذ الحي و لا شيء له قال قاضي خان و ذكر في الاصل الا ان يشاء البائع
ان ياخذ الحي و لا ياخذ من ثمن الميت شيئا و قال ابو يوسف يتحالفان في الحي
و ينفسخ العقد فيه و لا يتحالفان في الهالك و يكون القول في حصة قول
المشتري و قال محمد يتحالفان عليهما و ينفسخ العقد فيهما و يرد الحي و قيمة الهالك
لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى ان لا يمنع و لابي
يوسف رحمه الله ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره و لابي حنيفة
رحمه الله ان التحالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس و ورد الشرع
به في حال قيام السلعة و السلعة اسم لجميعها فلا تبقى السلعة بعد فوات
جزء منها و لانه لا يمكن التحالف في القائم الا على اعتبار حصته من الثمن و لا
بد من القسمة على قيمتهما و القيمة تعرف بالحزر و الظن فيؤدي الى
التحليف مع الجهل و ذلك لا يجوز الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك
لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة الحي و يخرج الهالك عن العقد فيكون كان
العقد وقع على هذا فيتحالفان فان حلفا فسخ العقد فيه وحده و لا
ياخذ من ثمن الهالك و لا من قيمته شيئا و ايهما نكل لزمه دعوى الاخر و لفظ
المبسوط يدل على هذا لان المستثنى منه عدم التحالف لان المذكور فيه
قبل الاستثناء قوله لم يتحالفا و لفظ الجامع الصغير يدل على انهما لا يتحالفان
و ان يحلف المشتري وحده لان المستثنى منه يمين المشتري لانه المذكور

قبله وقال في النهاية وتكلموا ان هذا الاستثناء الى ماذا ينصرف قال مشايخ
بلخ رحمهم الله ينصرف الى يمينهما المشترك ومعناه ان البايع ياخذ الحي منهما
صلحا عما يدعيه قبل المشتري من الزيادة ويجعل صلحهما على هذا العبد
كصلحهما على عبد اخر وصار تقديره ما قال في الكتاب على قول هولا لا
يتحالفان عند ابي حنيفة رضي الله عنه ويكون القول قول المشتري مع يمينه
الا ان ياخذ البايع الحي ولا ياخذ شيئا اخر فحينئذ لا يحلف المشتري قال شيخ
الاسلام المعروف بخواهرزاده هذا لا يقوى لان الاخذ متعلق بمشية البايع
ولو كان اخذ الحي بطريق الصلح لكان متعلقا بمشيتهما قال الراجي عفو ربه
ليس في هذا الاخذ فايدة له ايضا ولا يتحملها فلا يصار اليه لان ترك
حصة الهالك من الثمن من غير بدل يقابله ليس من الحكمة ثم قال وعامة
المشايخ على ان الاستثناء ينصرف الى التحالف وصار تقديره ما قال في الكتاب
على قول هولا لا يتحالفان عند ابي حنيفة الا ان يشا البايع ان ياخذ الحي
ولا ياخذ من ثمن الميت شيئا فحينئذ يتحالفان لان المذكور قبل الاستثناء
التحالف دون يمين المشتري فكان صرف الاستثناء الى المذكور اولى وبعضهم
قالوا لا بل ينصرف الى يمين المشتري على معنى ان البايع اذا رضي ان ياخذ
الحي ولا ياخذ من ثمن الميت شيئا فحينئذ لا يحلف المشتري لان البايع اذا
اعرض عن دعواه لا معنى لتحليف المشتري وهذا مثل الاول في عدم
الفايدة ثم قال وقال الامام الكيساني رحمه الله ياخذ البايع في حق
الهالك من المشتري ما يقر به المشتري فحينئذ لا يحلف لان الاستحلاف انما
شرع في حق المشتري اذا كان ينكر ما يدعيه الثاني من الزيادة فاذا ترك
البايع دعوى الزيادة واخذ الحي ورضي به المشتري فلا حاجة الى استحلاف
المشتري والصحيح هو ترك دعوى الزيادة في الثمن لا ترك ثمن الهالك لان
البايع لا يترك ثمن الهالك كله وانما يترك الزايد على ما يقر به المشتري
ومعنى قوله لا ياخذ شيئا اي لا ياخذ من الزيادة التي يدعيها شيئا وعلى
هذا التقدير يكون الاستثناء منصرفا الى يمين المشتري ومن اصحابنا من
قال ينصرف الاستثناء الى التحالف وهو الظاهر لان المانع من التحالف وهو
الهالك قد زال بخروجه من ان يكون مبيعا فصار كان المبيع هو الحي وحده
او برضاه بما اقر به المشتري من ثمن الهالك فلم يبق الاختلاف بينهما الا في
ثمن الحي فيتحالفان فايهما نكل لزمه دعوى الاخر ثم تفسير التحالف على
قول محمد ظاهر لان الهلاك عنده لا يوثر فصار كانهما حيان واختلفوا في
تفسيره على قول ابي يوسف فقال بعضهم يتحالفان على القايم بحصته من الثمن

دون الهالك لان التحالف للفسخ والفسخ لا يرد على الهالك وهذا لا يقوى
لان المشتري لو حلف بالله ما اشترى القايم بالف يكون صادقا لانه من اشترى
شيئين بالف درهم ثم حلف انه ما اشترى احدهما بالف كان صادقا فلم يمتنع عن
الحلف فلم يفد التحالف فايدته والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتراهما
بالفين فان نكل لزمه دعوى الاخر وان يحلف البايع بالله ما باعهما بالف فان
نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف فسخ العقد بينهما في القايم وسقط
حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذي يقر به المشتري
فانه يقسم على قيمتهما يوم القبض فما اصاب الحي سقط وما اصاب الهالك لزم
المشتري وان اختلفا في قيمة الهالك فان اقام احدهما بينة تقبل بينته وان
اقاما البينة فبينة البايع اولى لانها تثبت الزيادة وان لم يكن لهما بينة
كان القول قول البايع لانه هو المنكر لان الثمن كله كان واجبا على المشتري ثم
المشتري يدعي زيادة السقوط بدعوى قلة قيمة الهالك والبايع ينكر ذلك
وكان القول قوله وهو قياس ما ذكر في الاصل في رجل اشترى عبدين وقبضهما
ثم رد احدهما بعيب وهلك الاخر عند المشتري يسقط عنه ثمن ما رد ويجب عليه
ثمن ما هلك عنده ويقسم الثمن على قدر قيمتهما وان اختلفا في قيمة الهالك
وان اقام احدهما بينة تقبل بينته وان اقاما البينة فبينة البايع اولى لانها
اكثر اثباتا وان لم يكن لهما بينة كان القول قول البايع مع يمينه لانهما اتفقا
على وجوب كل الثمن ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بدعواه ان قيمة الهالك
اقل والبايع ينكر فكان القول له ايضا وهذا الفقه فيه وهو ان الايمان
يعتبر فيها الحقيقة لانها تتوجه على احد الخصمين وهما يعرفان حقيقة الحال
فبني الامر عليها والبايع منكر حقيقة فكان القول له وفي البينات يعتبر
الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الامر فاعتبر الظاهر في حقهما
والبايع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا وترجحت بالزيادة الظاهرة
وعند ابي حنيفة رحمه الله ان البايع اذا رضي ان يترك حصة الهالك من
الثمن يتحالفان عند بعضهم على الوجه الذي ذكرنا لابي يوسف هذا اذا هلك
بعضه بعد القبض وان هلك قبله يتحالفان بالاتفاق وكذا لو رد احدهما
بعيب لان الكل يعود الى ملكه فلا يودي الى تفريق الصفقة على البايع فعلم
بهذا ان التعليل بان السلعة اسم لجميعها غير سديد واما اختلافهما في
بدل الكتابة فالمذكور هنا قول ابي حنيفة وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة
وهو قول الشافعي لان الكتابة عقد معاوضة تقبل الفسخ وكل واحد منهما
مدع على الاخر لان المولى يدعي بدلا زايدا والعبد ينكر والعبد يدعي

استحقاقا للعتق على المولى عند اداء ما يقربه والمولى ينكره فيتحالفان
كما اذا اختلفا في الثمن وهو قبل القبض وهو الموافق للقياس فيتعدى اليه
ولابي حنيفة ان البدل في الكتابة مقابل بفك الحجر وهو ملك التصرف
واليد للحال وقد سلم ذلك للعبد ولا يدعي على مولاه شيئا وقد بينا ان
التحالف بعد القبض على خلاف القياس فلا يتحالفان فيكون القول قول
العبد لكونه منكرا وانما يصير مقابلا بالعتق عند الاداء وقبله لا يقابله
اصلا حتى يقال فيه انه اختلاف قبل القبض وهذا نظير الاجرة فانها مقابلة
بالعين المستاجرة عند العقد ثم تنتقل الى المنفعة عند الاستيفاء وكذا
الكتابة ليست في معنى البيع صورة ومعنى لان صورة البيع للاسترباح
وهو مبني على التضييق والكتابة بخلافه والبيع يقبل الفسخ بعد تمامه
والكتابة لا تقبل الفسخ بعد التمام فلا يكون في معناه فلا يتحالفان
يوضحه ان البيع لازم من الجانبين فالمصير الى التحالف فيه مفيد حتى اذا
نكل احدهما لزمه دعوى الاخر ولا يتحقق ذلك في الكتابة لان المكاتب
اذا نكل لا يلزمه شيء لتمكنه من الفسخ بالتعجيز والدين فيه غير لازم حتى لا
يجوز الكفالة به ولا نسلم انه معاوضة مطلقا لان الكل مال المولى فروجه
فلا يكون في معنى البيع فاذا انعدم التحالف وجب اعتبار الدعوى
والانكار فيكون القول للمنكر وهو العبد وان اقام احدهما بينة
تقبل بينته لانه نور دعواه بها وان اقاما البينة كانت بينة المولى
اولى لانها تثبت الزيادة الا انه اذا ادى قدر ما اقام البينة عليه يعتق
لانه اثبت الحرية لنفسه عند اداء هذا القدر فوجب قبول بينته على
ذلك فصار نظير ما لو كاتبه على الف درهم على انه ان ادى خمس المائة
يعتق ولا يمتنع ان يكون عليه بدل الكتابة بعد الحرية كما ذكرنا وكما لو
استحق بدل الكتابة فان الحرية لا ترتفع بعد النزول ويجب عليه البدل
واما اذا اختلفا في راس المال بعد اقالة السلم فلان الاقالة في باب
السلم ليس ببيع بل هو ابطال من كل وجه فان رب السلم لا يملك المسلم
فيه بالاقالة بل يسقط فلم يكن فيها معنى البيع حتى يتحالفا فاعتبر فيه
حقيقة الدعوى والمسلم اليه هو المنكر حقيقة فكان القول له ولا يعود
السلم ولان المقصود من التحالف فسخ العقد حتى يعود كل واحد منهما الى
راس ماله واليه الاشارة النبوية بقوله عليه السلام تحالفا وترادا
والتحالف في الاقالة في السلم بعد نفاذها لا يحتمل الفسخ بسائر اسباب
الفسخ الا ترى انهما لو قصدا نقض الاقالة لا ينتقض وكذا لو كان راس

المال

المال عرضا فقبضه المسلم اليه ثم رده عليه بعيب بقضاء قاض ثم هلك قبل
التسليم الى رب السلم لا يعود السلم فكذا بالتحالف لا ينتقض الاقالة
ولا يعود السلم بخلاف الاقالة في المسلم فيه حيث ينتقض بتبدل الوصف
والفقه فيه ان المسلم فيه سقط بالاقالة فلو انفسخت الاقالة لكان
حكم انفساخها عود المسلم فيه والساقط لا يحتمل العود بخلاف الاقالة
في البيع لانه عين فامكن عوده الى ملك المشتري **قال** واذا اختلفا
في مقدار الثمن بعد الاقالة تحالفا معناه اذا اختلفا بعد تقايلهما
قبل قبض البيع بحكم الاقالة فانهما يتحالفان اذا لم يكن لهما بينة ويعود
البيع الاول لان التحالف قبل القبض هو الموافق للقياس لما ان كل واحد
منهما مدع ومنكر فيتعدى الى الاقالة كما يتعدى الى الاجارة والى
الوارث والى القيمة البيع فيما اذا استهلك البيع غير المشتري ولو قبض
البائع المبيع بعد الاقالة فلا يتحالفان عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد يتحالفان لانه يرى النص معلولا لا بعد القبض ايضا **قال**
واذا اختلفا في المهر فعلى من برهن اي لمن اقام البينة لانه نور دعواه
بها وتقبل كاسمها مبينة **قال** وان برهنا فللمرأة اي اذا اقاما
البينة كانت بينة المرأة اولى لانها تثبت الزيادة والبينات للاثبات
فكانت اولى هذا اذا كان مهر المثل يشهد للزوج بان كان مثل ما يدعي
الزوج او اقل لان الظاهر يشهد للزوج وبينة المرأة تثبت خلاف الظاهر
فكانت اولى وان كان مهر المثل يشهد لها بان كان مثل ما تدعيه او اكثر
كانت بينة الزوج اولى لانها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر والبينات
للاثبات على ما بينا وان كان مهر مثلها لا يشهد لها ولا له بان كان اقل
مما ادعته المرأة واكثر مما ادعاه الزوج فالصحيح انهما تهاترتا لانهما
استويا في الاثبات لان بينتها تثبت الزيادة وبينته تثبت الحط فلا
يكون احدهما اولى من الاخرى **قال** وان عجز اي عن اقامة البينة
تحالفا ولم يفسخ النكاح لان يمين كل واحد منهما ينتفي به ما يدعيه
صاحبه من التسمية فيبقى العقد بلا تسمية وذلك غير مفسد للنكاح
فلا حاجة الى الفسخ بخلاف البيع **قال** بل يحكم مهر المثل فيقضي بقوله
لو كان كما قال او اقل وبقولها لو كان كما قالت او اكثر وبه لو بينهما اي بين
ما قالته هي وبين ما قاله هو لانه لما انتفت بيمينهما التسمية احتيج الى
تحكيم مهر المثل فيقضي بقول من يشهد له ظاهر مهر المثل وان لم يشهد لواحد
منهما بان كان اقل مما ادعت واكثر مما اقر به هو قضي بذلك وهذا تخريج

الكرخي رحمه الله وتخريج الرازي خلاف ذلك فانه يبدأ باليمين ايهما يعجل
القول لمن يشهد له الظاهر ومع هذا لو بدأ بالبائع بيمينه وان لم يشهد لواحد منهما
بان كان شيئا تحالفا ويبدأ بيمين الزوج لتعجيل الفائدة وقد بيناه مفصلا
في النكاح وعند ابي يوسف لا يتحالفان ويكون القول قول الزوج مع
يمينه الا ان يأتي بشيء مستنكر وقد بيناه في النكاح **قال** ولو اختلفا
في الاجارة قبل الاستيفاء تحالفا يعني قبل استيفاء المنافع لان الاجارة
قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع من حيث ان كل واحد منهما
مدع على صاحبه ومنكر لما يدعيه صاحبه ومن حيث انهما يحتملان الفسخ فيهما
عقد معاوضة فان قيل قيام المعقود عليه شرط للتحالف والمنفعة
معدومة فوجب ان لا يجري فيها التحالف قلنا في المعدوم يجري التحالف
كما في السلم لان العين المستاجرة اقيمت مقام المنفعة في حق ايراد العقد
عليها فصارت كانها قائمة ثم ان كان الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين
المستاجر وان وقع في المنفعة بدئ بيمين الموجر وايهما نكل لزمه دعوى
الاخر وايهما اقام البينة تقبل بينته وان اقاماها فبينة الموجر اولى
ان كان الاختلاف في الاجرة وان كان الاختلاف في المنفعة فبينة المستاجر
اولى وان كان الاختلاف فيهما فبينة الموجر اولى في الاجرة وبينة المستاجر
اولى في المنفعة لان البينة للاثبات فما كان اثباتا كان اولى **قال**
وبعده لا والقول قول المستاجر اي اذا اختلفا بعد استيفاء المنافع لم يتحالفا
وكان القول قول المستاجر مع يمينه لان فائدة التحالف الفسخ والمنافع
المستوفاة لا يمكن فسخ العقد فيها فامتنع التحالف وهذا عندهما
ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا عند محمد لان
الهلاك انما يمنع عنده في المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان
عليها ولو جرى التحالف هنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم
بنفسها بل بالعقد وبالفسخ يرتفع العقد فيتبين انه لا عقد فاذا
امتنع التحالف كان القول قول المستاجر لانه هو المنكر **قال** وبعض
معتبر بالكل معناه اذا استوفى بعض المنافع ونفى البعض يعتبر كل واحد
منهما بالكل فيمتنع التحالف في المستوفى ويكون القول فيه قول المستاجر
كما لو استوفى الكل ويجري التحالف في الباقي ويفسخ العقد فيه كما اذا لم
يستوف شيئا وهذا بالاجماع فابو يوسف مر على اصله في هلاك بعض المبيع
فان التحالف عنده يتقدر بقدر الباقي وكذا هنا ومحمد خالف اصله في
البيع والفرق لمحمد ما بيناه في استيفاء الكل من ان المنافع لا تتقوم الا

با

بالعقد فلو تحالفا لا يبقى العقد فلم يكن التحالف شيئا والفرق لابي حنيفة ان
العقد في الاجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع فيصير
كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقدا مبتدا على حدة فلا يلزم من تعذر
التحالف في الماضي التعذر فيما بقي اذ هما في حكم عقدين مختلفين فيتحالفان
فيه بخلاف ما اذا هلك بعض المبيع حيث يمتنع التحالف فيه عنده في الكل
لانه عقد واحد فاذا امتنع في البعض امتنع في الكل ضرورة كيلا يؤدي
الى تفريق الصفقة على البائع على ما بيناه من قبل **قال** وان اختلف
الزوجان في متاع البيت فالقول لكل واحد منهما فيما يصلح له لان الظاهر
يشهد له ولا فرق في ذلك بين ان يكون النكاح قائما بينهما او لم يكن قائما
ومما يصلح للرجل العمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان والسلاح
والمنطقة والكتب والفرس والدرع الحديد فيكون القول فيها قوله
مع يمينه لما بينا ومما يصلح للمراة الخمار والدرع والاساور وخواتيم
النساء والحلي والخلخال وامثال ذلك فان القول فيها قولها مع يمينها
لما ذكرنا الا اذا كان الزوج يبيع هذه الاشياء فلا يكون القول قولها
لتعارض الظاهرين وكذا اذا كانت المراة تبيع ما يصلح للرجال لا
يكون القول قوله في ذلك **قال** وله فيما يصلح لهما اي اذا اختلفا
فيما يصلح لهما كان القول قوله لان المراة وما في يدها في يد الزوج
والقول لصاحب اليد في الدعاوى بخلاف ما يختص بالمراة لان الظاهر
يقابله ظاهر من جهتها فيتعارضان فترجح بالاستعمال من جهتها والذي
يصلح لهما الفرش والامتعة والاواني والرقيق والعقار والمواشي
والنقود **قال** فان مات احدهما فللحي اي اذا مات احد الزوجين
واختلف الحي منهما مع ورثة الاخر كان المتاع للحي ومراده من المتاع
ما يصلح لهما وهو المشكل واما ما لا اشكال فيه وهو ما يصلح لاحدهما ولا
يصلح للاخر فهو على ما كان قبل الموت وتقوم ورثته مقامه فيه وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وخالفه ابو يوسف رحمه الله في المشكل فقال يدفع
الى المراة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه ولورثته بعد موته
وقال محمد مثل ما قال ابو حنيفة ان ما يصلح لاحدهما فهو له وما يصلح
لهما فهو للزوج الا ان قوله هذا لا يختلف بين ان يكون في حياتهما او بعد
موت احدهما فحاصله انهم اتفقوا ان ما يصلح لاحدهما فهو لمن يصلح له في
الحياة والموت حتى تقوم ورثته مقامه واختلفوا فيما يصلح لهما فابو
حنيفة جعله للزوج في حال حياتهما وللباقي منهما بعد موت احدهما ومحمد

رحمه الله جعله للزوج في الحالتين وابو يوسف رحمه الله جعل منه للمرأة قدر ما يجهز
به مثلها في الحالتين لانها تاتي بالجهاز عادة فكان الظاهر شاهدا لها وهو
اقوى من ظاهر يد الزوج فيبطل به ظاهره ولا معارض في الباقي فيعتبر ولهما
في الاستواء بين الحالتين ان الورثة يقومون مقام الميت لانهم خلفاؤه فلا
يعتبر الحكم في المشكل بالموت كما لا يعتبر في غير المشكل ولابي حنيفة رحمه الله ان
يد الباقي منهما اسبق الى المتاع لان الوارث تثبت يده بعد موت المورث فيقع
به الترجيح كما يقع بالصلاحية للاستعمال على ما بينا بل اولى لان للبد
رجحانا مطلقا حتى يترجح به في غير هذا الباب بخلاف الصلاحية ولان يد
الباقي منهما يد نفسه ويد الوارث خلف عن يد المورث فلا يعارض الاصل وقال
زفر رحمه الله المشكل بينهما نصفان والباقي مثل ما قاله ابو حنيفة وعنه ان
المتاع كان بينهما نصفان وبه قال مالك والشافعي لانهما استويا في سبب الاستحقاق
اذ هما ساكنان في بيت واحد والبيت مع ما فيه في ايديهما ولا معتبر بالشبه
في الخصومات الا ترى ان اسكافا وعطارا لو اختلفا في آلة الاساكفة وآلة
العطارين وهي في ايديهما فهي بينهما نصفان ولا ينظر الى ما يصلح لاحدهما
لانه قد يتخذ لنفسه او للبيع فلا يصلح مرجحا وقال الحسن البصري المتاع كله
للمرأة وليس للرجل الا ما عليه من ثياب بدنه لان المرأة هي الساكنة فيه ولهذا
تسمى قعيدة البيت ويد صاحب البيت على ما في البيت اقوى واظهر من يد غيره
وفي الدعاوى يقدم صاحب اليد وقال ابن ابي ليلى المتاع كله للزوج كيف
ما كان لان المرأة في يد الزوج فما في البيت ايضا يكون في يده وان كان البيت
لها الا ترى انه صاحب البيت وان البيت مضافا اليه فصار بمنزلة الموجر
مع المستاجر اذا اختلفا في متاع المنزل فان القول للمستاجر لكونه مضافا اليه
بالسكنى وليس للموجر سوى ما عليه من ثياب بدنه فكذا هذا وهذه هي المسبعة
وقد ذكرنا الاقاويل السبعة بحمد الله تعالى **قال** ولو احدهما مملوكا
فللحر في الحياة وللحي في الممات اي لو كان احد الزوجين مملوكا واختلفا
في متاع البيت كان المتاع للحر في حال حياتهما وللحي منهما بعد موت احدهما
فلا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض فكان للحي منهما هكذا ذكر الحكم في
الهداية والجامع الصغير للصدر الشهيد وصدر الاسلام وشمس الائمة
الحلواني وفخر الاسلام وقاضيخان وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في
شرح الجامع الصغير وكذلك ان مات احدهما كان المتاع للحر منهما ثم قال وقع
في بعض النسخ للحي منهما والمشهور هذا على اطلاقه قول ابي حنيفة وقالا
العبد الماذون له في التجارة والمكاتب كالحر لان ايديهما معتبرة في الخصومات

ولهذا

ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شيء هو في ايديهما يقضى به بينهما لاستوائهما في اليد
ولو كان في يد ثالث واقاما البينة استويا فيه حتى يقضى به بينهما فكذا في
متاع البيت وابو حنيفة يقول ان يد المملوك لا تكون مساوية ليد الحر فان يده
يد نفسه من كل وجه ويد المملوك يد الغير وهو المولى من وجه ولان يد الحر
يد ملك حقيقة ويد المملوك ليست بيد ملك فكانت يد الحر اقوى فرجحت به
في حق متاع البيت الا ترى انها يترجح بالصلاحية فهذا اولى ان يترجح به
بخلاف سائر الخصومات فانها لا تترجح بالصلاحية فكذا لا تترجح بالحرية
لان الظاهر هنا يشهد بالاستعمال فكانت الصلاحية والملك فيه اقوى دليل
عليه فترجحت وبهذا يجاب عن قول زفر ومن قال بقوله في اسناد الامام على
التنصيف بخلاف العطار والاسكاف في آلة احدهما فيما تقدم والله اعلم
فصل قال رحمه الله قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه
او اجرنيه او اعارنيه فلان الغائب او رهنه او غصبته منه وبرهن عليه دفعت
خصومة المدعي لانه اثبت ببينته ان العين وصلت اليه من جهة الغائب وان
يده ليست بيد خصومة فصار كما اذا اقر المدعي بذلك او اثبت ذو اليد اقراره
به والشرط اثبات هذه الاشياء دون الملك حتى لو شهدوا بالملك للغائب
دون هذه الاشياء لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع وقال ابن شبرمة
لا تندفع الخصومة ولو اقام البينة به لانه بظاهر يده صار خصما ولا
يخرج عنه باقامة البينة لان الملك لا يثبت بها للغائب لعدم الخصم عنه
ولا ولاية له في ادخال الشيء في ملك غيره بغير رضاه وخروجه من ان يكون
خصما في ضمن ثبوت الملك لغيره فلا يثبت الضمني دون اصله كالوصية
الثابتة في ضمن البيع بالمحاباة تبطل ببطلان البيع فصار كما لو ادعى
بعد هلاكها او ادعى عليه الفعل كالغصب ونحوه وقال ابن ابي ليلى تندفع
الخصومة باقراره للغائب من غير اقامة البينة لان كلامه اقرار منه
بالملك للغائب والاقرار موجب للحق بنفسه لخلوه عن التهمة فالحق بالبينة
فيثبت ما اقر به بمجرد الاقرار الا ترى ان من اقر بعين لغائب ثم اقر بها لحاضر
فرجع الغائب وصدقه يؤمر بالتسليم اليه وكذا الصحيح لو اقر لغيره بشيء ثم مرض
فصدقه المقر له في مرضه كان اقراره اقرار الصحيح وكذا لو اقر بشيء لشخص
ثم غاب يقضى عليه به ويؤخذ منه ماله ولو لم يكن اقراره موجبا بنفسه لما كان
كذلك ولانه لا يخلو اما ان يكون صادقا او كاذبا فان كان صادقا فلا
خصومة بينهما وان كان كاذبا فاقراره على نفسه صحيح فيثبت به ان يده
يد حفظ لا يد خصومة قلنا ان ببينته اثبتت امرين الملك للغائب وهو

لغير خصم فيه فلا يثبت ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه فيثبت في حقه
كالوكيل بنقل المراة او الامة اذا اقامت بينة على الطلاق او العتاق
تقبل في حق قصر يد الوكيل دون ثبوت الطلاق او العتاق وعلى ما بينا من
قبل فصار كان المدعي اقر بذلك او اثبت اقراره به وهذا لان مقصود ذي
اليد اثبات يد حافظة لنفسه لا اثبات الملك للغائب وهو خصم في اثبات
يده فتثبت دون الملك للغائب ولا يمكن دفعها اي الخصومة بمجرد اقراره
لان الخصومة توجهت عليه بظاهر يده ولهذا يجبر بالحضور ويوخذ منه
الكفيل فلا يقدر على دفعها الا بحجة كما اذا ادعى احالة غريمه على غيره ولان
دفعها بلا بينة يودي الى اتواء الحقوق لان احدا لا يعجز عنه وقوله وجه
من ان يكون خصما في ضمن ثبوت الملك لغيره الى اخره قلنا ثبوت الملك متوقف
على قبوله فيتوقف بواجبه وانقطاع الخصومة منها فيتوقف عليه حتى اذا
حضر وقد تبين ان ملكه كان باتا امره وقت الاقرار وان يده كانت حافظة لا يد
خصومة ولهذا يومر بالتسليم الى المقر له اذا حضر ويعتبر حاله من الصحة
والمرض في تلك الحالة ويسلم القاضي المقر به الى المقر له اذا غاب المقر بعد
اقراره عنده بخلاف ما اذا ادعى العين بعد هلاكها عنده حيث لا تندفع
الخصومة عنه وان اقام بينة على انها كانت وديعة عنده بالاتفاق
لان المدعي بعد هلاك العين يدعي عليه القيمة وهي في ذمته لا محالة لان
القاضي لا يقضي بها على مودع الغاصب فلا يتبين ان ذمته كانت لغيره وفي
العين يتبين وبخلاف ما اذا ادعى الفعل عليه كالغصب وغيره لان يد ذي
اليد صار خصما للمدعي باعتبار دعوى الفعل عليه فلا تندفع الخصومة
باقامة البينة ان العين لغيره لان دعوى الفعل عليه فلا تندفع
تجوز على غير ذي اليد فلا تندفع بالتحويل ودعوى الملك لا تجوز فتندفع بالتحويل
لانه صار خصما له باعتبار يده فاذا اثبت بالبينة ان يده حافظة وليست
يد خصومة اندفعت الخصومة عنه وقال ابو يوسف اخرا ان كان المدعا
عليه صالحا فالجواب كما ذكرنا وان كان معروفا بالحيل لا تندفع
عنه الخصومة وان اقام بينة ان العين للغائب لان من المحتال من الناس
من ياخذ مال غيره غصبا ويدفعه سرا الى غريب يريد ان يغيب من البلد
ويواعده ان يرده اليه على رؤوس الاشهاد ليمكنه الاشهاد على ان هذا الشيء
اودعه غيره عنده ما يدعيه صاحبه فيضيع بذلك ماله فيجب على القاضي
ان ينظر في احوال الناس ويعمل بمقتضى حالهم ورجع الى هذا القول بعد
ما ولي القضاء وابتلي بامور الناس وليس الخبر كالعيان وهذا كله فيما اذا

قال

قال الشهود نعرف صاحب المال وهو المودع او المعير باسمه ونسبه ووجهه لان
المدعي يمكنه ان يتبعه وان قالوا لا نعرفه بشيء من ذلك لا يقبل القاضي شهادتهم
ولا يندفع الخصومة عن ذي اليد بالاجماع لانهم ما احالوا المدعي على رجل
معروف يمكن مخاصمته ولعل المدعي هو ذلك الرجل ولو اندفعت لبطل حقه
ولانه لو كان المدعي هو المدعى المودع لا يبطل وان كان غيره يبطل فلا
يبطل بالشك والاحتمال دفعا للضرر عنه ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه
باسمه ونسبه لا يندفع الخصومة عند محمد لانها توجهت عليه باليد فلا تندفع
عنه الا اذا احاله على معروف يمكن الوصول اليه كيلا يتضرر المدعي والمعرفة
بوجهه فقط لا يكون معرفة الا ترى الى قوله عليه السلام لرجل اتعرف فلانا
فقال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا لا تعرفه وكذا لو
حلف لا يعرف فلانا وهو لا يعرفه الا بوجهه لا يحنث فاذا لم يكن معروفا
الا بوجهه عند الشهود لا يتمكن المدعي من اتباعه فيتضرر باندفاعها عنه
وعند ابي حنيفة تندفع الخصومة عنه لان ذا اليد اثبت ببينته ان العين
اخذها من غير المدعي وان يده يد حفظ اذ الشهود يعرفون المودع بوجهه
ويقولون انه غير هذا المدعي ومقصود ذي اليد اثبات يد حافظة
وان العين ليست لهذا الحاضر وهذه البينة كافية لهذا المقصود وحصول
الضرر للمدعي لعدم التمكن من اتباعه مضاف الى نفسه حيث نسي خصمه او الى
شهوده حيث لم يعينوا له خصمه فاقروا به ونحن نسلم ان بمثله لا يثبت التعريف
ولكن ليس تعريف خصمه على ذي اليد وانما عليه ان يثبت انه ليس بخصم فان
يده يد حفظ وذلك يحصل بمثله ولا يحتاج فيه الى معرفته من كل وجه وينبغي
ان يكون على قول ابي يوسف على التفصيل الذي ذكرنا وتسمى هذه المسئلة
مخمسة كتاب الدعوى لان فيها خمس صور من دعوى الوديعة والعارية
وغيرهما او فيها اختلاف خمسة من الايمة وقد بيناه بحمد الله تعالى قال
وان قال ابتعته من الغايب او قال المدعي غصبته او سرق مني وقال ذو
اليد اودعنيه فلان وبرهن عليه اي لا يندفع الخصومة في هذه الصورة
وان اقام المدعا عليه بينة انه اودعه فلان لان ذا اليد في المسئلة
الاولى بدعواه الشراء من الغائب صار معترفا بان يده يد ملك فيكون
معترفا بانه خصم وفي المسئلة الثانية ان المدعي لما قال لصاحب اليد
غصبته مني صار ذو اليد خصما باعتبار دعوى الفعل عليه وفيه لا يمكنه
الخروج عنها بالاحالة على غيره لان اليد في الخصومة اي في دعوى الفعل
فيها ليس بشرط حتى يصح دعواه على غير ذي اليد ولا يندفع الخصومة باسقاط

يد حقيقة بخلاف دعوى الملك المطلق وقد ذكرناه من قبل ولو اقام
الخارج البينة فنقضي له بها لانه بمنزلة الغايب واقام بينة على ذلك
تقبل بينته لان الغايب لم يصر مقضيا عليه وانما نقضي على ذي اليد خاصة
وفي الثالثة قول المدعي سرق مني يكون دعوى الفعل عليه في المعنى
استحسانا وانما جعله بالبناء للمفعول لاجل الستر عليه كيلا تقطع يده فصار
كانه قال له سرقته مني وقال محمد رحمه الله تندفع الخصومة عنه وهو القياس
لانه لم يدع عليه الفعل فصار كما لو قال غصب مني على البناء للمفعول ووجه
الاستحسان ما بيناه وهذا بخلاف مسئلة الغصب لانه لم يدع عليه الفعل وليس
فيه ما يوجب العدول عنه اذ الحد لا يجب على فاعله فلا يحترز عن كشفه .
ولو ادعى انه اشتراها من ذي اليد وقبضها ونقد الثمن واقام ذو اليد
البينة ان فلانا اودعها اياه اندفعت الخصومة وان ادعى على ذي اليد
فعلا لان الدعاء عقد استوفى احكامه فصار كالعدم فكان كدعوى ملك
مطلق حتى لو لم يشهدوا على قبضه لم تندفع **قال** وان قال المدعي
ابتعته من فلان وقال ذو اليد اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة
لاتفاقهما على ان اصل الملك لغير المدعي فيكون وصوله الى يده من جهته
عند المدعي ضرورة فلم يكن ذو اليد خصما ولان المدعي اخذ من يده الا ان
يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه فياخذه لكونه احق بالحفظ ولو
صدقه ذو اليد في شرايه منه لا يامره القاضي بالتسليم اليه حتى لا يكون
قضاء على الغايب باقراره وهي عجيبة ولو قال ذو اليد اودعنيه وكيل
فلان لا تندفع الخصومة الا ببينة لان وصول المال الى يد ذي اليد لم
يثبت من جهة من اشترى هو منه لانكار ذي اليد ولا من جهة وكيله لانكار
المدعي وكذا لو اثبت بالبينة انه دفعها اليه الوكيل ولم يشهدوا ان الوكيل
دفعها الى ذي اليد بخلاف المسئلة الاولى وهي مسئلة الكتاب لان وصول
العين اليه من جهة الغايب ثبت بتصادقهما باقرار ذي اليد نصا وباقرار
المدعي ضرورة لان الشراء منه لا يصح ما لم يكن المبيع في يده والظاهر انه
وصل اليه من جهته ولو قال ذو اليد ان فلانا اودعنيها الغايب فقال المدعي
كان اودعك اياها ثم وهبها مني او باعها اياها وانكر ذو اليد يستحلف
بالله ما وهبها له ولا باعها منه فان نكل عن اليمين جعله خصما لان نكوله
كاقراره بذلك وقد بينا ان اقراره بالشراء اعتراف منه بانه خصم وان حلف
لم يكن خصما ولا يحتاج الى اقامة البينة بالوديعة لاقرار المدعي بها

قال

باب ما يدعيه الرجلان

قال رحمه الله برهنا على ما في يد آخر قضى لهما يعني اذا ادعى اثنان
عينا في يد غيرهما وزعم كل واحد منهما انها ملكه ولم يذكرا سبب الملك ولا
تاريخه فيقضى بالعين بينهما لعدم الاولوية وعن الشافعي انهما تهاترتا
وعنه انه يقرع بينهما لان احدى الطايفتين كاذبة بيقين لاستحالة ان
يملك شخصان عينا واحدة كل واحد منهما كلها فتتعين التهاتر لعدم الاولوية
كما في دعوى النكاح او المصير الى القرعة لما روي انه عليه السلام اقرع
بين رجلين تنازعا في امة واقام كل واحد منهما بينة انها له فقال اللهم
انت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت له قرعته ولان القرعة
لتعيين المستحق اصل في الشرع كما في القسمة وقال مالك تقضى لاعدلهما
بينة لان الشهادة تصير حجة بالعدالة والاعدل اقوى حجة فلا يزاحمه
الضعيف وقال الاوزاعي يقضى لمن كان شهوده اكثر عددا لان طمانينة
القلب الحاصلة به ارجح ولنا ما روي عن ابي موسى الاشعري ان رجلين ادعيا
بعيرا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث كل واحد منهما شاهدين
فقسمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين رواه ابو داود وعن
ابي موسى الاشعري ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في دابة
ليس لواحد منهما بينة فجعلها بينهما نصفين رواه ابو داود والنسائي واحمد
وغيرهم ولانهما استويا في سبب الاستحقاق وهو قابل للاشتراك فيستويان
في الاستحقاق كما لو اوصى لهما بان اوصى لكل واحد منهما بالثلث فانه يقسم الثلث
بينهما نصفين وكذا الغرماء في التركة بخلاف النكاح لانه لا يقبل الاشتراك
فتتعين التهاتر ولان البينات من حجج الشرع فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن
هنا لان الايدي قد تتوالى على عين واحدة في اوقات مختلفة فيشهد
كل فريق بما شاهده من السبب المطلق للشهادة وهو اليد فيحكم بالتنصيف
بينهما ولا يجوز الترجيح بكثرة العدد لان الترجيح يكون بقوة في الدليل
لا بكثرته وما روي انه عليه السلام اقرع بينهما ان صح فهو محمول على انه كان
في وقت كان القمار مباحا ثم انتسخ بانتساخ القمار الا ترى ان القرعة
لتعيين الاستحقاق بها لا يجوز لكونها قمارا وكذا للتعيين المستحق وانما
يقرع في القسمة لتطييب القلوب ونفيا للتهمة لا للاستحقاق الا ترى
ان للامام ان يقسم بلا قرعة فلا يكون ذلك من باب القمار **قال** رحمه
الله وعلى نكاح امراة سقطا وهي لمن صدقت او سبقت بينته يعني لو اقام
اثنان بينة على ان هذه المراة زوجته تهاترت البينتان لتعذر العمل بهما
اذ النكاح لا يقبل الاشتراك وبقي زوجة لمن صدقته منهما لان النكاح

مما يحكم به بتصادق الزوجين فيرجع الى تصديقها فيحيا اعتبار قولها ان احدهما
زوجها او اسبقهما وكذا اذا كانت في بيت احدهما او دخل بها احدهما فيكون
هو اولى ولا يعتبر قولها لان تمكينه من نقلها او من الدخول بها دليل على سبق
عقده الا ان يقيم الاخر البينة انه تزوجها قبله فيكون هو اولى لان التصريح
يفوق الدلالة فلا يعتبر معه قضاء ونظيرها لو ادعا رجل نكاح امراة فاقام
بينة فحكم له به ثم لا يقبل دعوى احد النكاح فيها بعد لكونها اقوى لاتصال
القضاء بها وهو المراد بقوله او سبقت بينة احدهما لانها لما سبقت وحكم بها
تاكدت فلا ينقض بغيرها المتاخرة الا اذا اثبت الثانية ان نكاحه اسبق فحينئذ
يكون اولى لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا فحاصله انهما اذا تنازعا في
امراة واقاما البينة فان ارخا وكان تاريخ احدهما اقدم كان هو اولى وان لم
يورخا او استوى تاريخهما فان كان مع احدهما قبض كالدخول بها او نقلها الى
منزله كان هو اولى وان لم يوجد شي من ذلك يرجع الى تصديق المراة قال
وعلى الشراء منه لكل نصفه ببدله ان شا اي لو اقام كل واحد من الخارجين بينة
على الشراء من ذي اليد بلا تاريخ كان لكل واحد منهما نصفه بنصف الثمن ان شا
وان شا ترك لانهما لما استويا في السبب وجب على القاضي ان يقضي به بينهما
لتعذر القضاء بكله لكل واحد منهما على ما بينا فيتخير كل واحد منهما لتغير شرط
عقده عليه فصار نظير الفضوليين اذا باع كل واحد منهما عبدا واحدا من
رجل واجاز المولى البيعين وهذا لانه لما جهل التاريخ جعل كانه باع كله من
كل واحد منهما في وقت واحد كما وان لم يكن كذلك الحقيقة او يحمل على ان البيع
لكل واحد منهما صدر من وكيله وذلك ممكن في وقت واحد قال
وبابا احدهما بعد القضاء لم ياخذ الاخر كله اي لو قضى به القاضي بينهما وابى
احدهما ان ياخذ المبيع بل اختار الفسخ فليس للاخر ان ياخذ كله لانه
صار في النصف مقضيا عليه فانفسخ البيع فيه وانما قلنا ذلك لانه
ببينته استحق جميعه وكان يسلم له لولا بينة صاحبه ولما قضى القاضي به
بينهما صار مستحقا عليه وانفسخ البيع في النصف فلا يكون له اخذه بعد
الانفساخ بخلاف ما لو ترك احدهما قبل القضاء به بينهما حيث يكون للاخر
ان ياخذ جميعه لانه اثبت ببينته انه اشترى الكل وانما يرجع الى النصف
بالمزاحمة ضرورة القضاء به بينهما ولم يوجد فصار نظير تسليم احد الشفيعين
فانه ان كان قبل القضاء فللاخر ان ياخذ كل المبيع وان كان بعده فليس
له ان ياخذ الا النصف لانه مستحق بالسبب كله والانقسام للمزاحمة ضرورة
القضاء به بينهما على ما بينا قال وان ارخا فللسابق لانهما لما ادعيا

الشرا

الشراء من ذي اليد اتفقا على انه كان مالك المبيع ثم اثبت احدهما الشراء منه في
وقت لا ينازعه فيه احد فلا يندفع به الاخر بخلاف ما اذا ادعى كل واحد منهما
الشراء من رجل اخر غير الذي يدعي الشراء منه الاخر حيث لا يترجح فيه صاحب التاريخ
الاسبق لان كل واحد منهما فيه خصم عن بايعه في اثبات الملك له وملك بايعهما
لا تاريخ فيه فصار كان البايعين حضرا وادعيا الملك لانفسهما مطلقا
من غير تاريخ وكذا لو ارخت احداهما ولم تورخ الاخرى كان صاحب التاريخ
اولى لانهما اتفقا على ان الملك للبايع ولم يثبت الملك لهما الا بالتلقي
منه وان شراهما حادث والحادث يضاف الى اقرب الاوقات الا اذا اثبت
التاريخ فيثبت تقدمه به فلهذا كان المورخ اولى بخلاف ما اذا اختلف
بايعهما على ما بينا وبخلاف ما اذا ادعيا الملك ولم يدعيا الشراء من ذي اليد
حيث لا يكون صاحب التاريخ اولى عند ابي حنيفة ومحمد على ما نبين فرقه من
قريب ان شا الله تعالى قال والا فللذي القبض اي ان لم يكن لهما تاريخ
ومع احدهما قبض كان صاحب القبض اولى لان تمكنه من قبضه دليل على
سبق شرايه ولانهما استويا في اثبات الشراء من ذي اليد وترجح احدهما
بالقبض فلا ينقض قبضه المعاين المتحقق بالاحتمال والشك حتى لا
ينقض بتاريخ الاخر ايضا لبقا الاحتمال فيه الا اذا اثبت شراه قبل شرا
صاحب اليد فحينئذ يكون هو اولى لانقطاع الاحتمال وهذا بخلاف ما اذا
اختلف بايعهما ولاحدهما قبض حيث يكون فيه غير القابض اولى لانهما يحتاجان
الى اثبات الملك لبايعهما اولا فاذا اجتمع فيه في حق البايعين بينة الخارج
وبينة ذي اليد وكانت بينة الخارج اولى وفيما نحن فيه لا يحتاجان الى
اثبات الملك للبايع لثبوته بتصادقهما وكان المنظور اليه سبب الاستحقاق
لهما فقط والسبب في حق القابض اقوى لتاكده بالقبض قال والشرا
احق من الهبة معناه اذا ادعى احدهما شراء من شخص وادعا الاخر هبة وقبضا
من ذلك الشخص بعينه واقاما البينة ولا تاريخ معهما كان الشرا اولى لانه
اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ومثبتا للملك بنفسه بخلاف ما اذا اختلف
المملك لهما او كان معهما تاريخ حيث لا يكون الشرا فيه اولى لانهما عند اختلاف
المملك يصير كل واحد منهما خصما عن مملكه لحاجته الى اثبات الملك له وهما
في ذلك سوا وفيما اذا اتحد المملك لا يحتاجان الى اثبات الملك له لثبوته
باتفاقهما وانما حاجتهما الى اثبات سبب الملك لانفسهما وفيه يتقدم الاقوى
وفيما اذا كان معهما تاريخ والمملك لهما واحد كان الاقدم منهما تاريخا لثبوت
ملكه في وقت لا ينازعه فيه احد بخلاف ما اذا كان المملك لهما مختلفا

حيث لا يعتبر فيه سبق التاريخ على ما نبينه من قريب ان شاء الله تعالى وكذا الشرا
مع الصدقة في جميع ما ذكرنا من الاحكام لما بينا من المعنى ودعوى الهبة
والصدقة مع القبض فيهما مستويان لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح
للصدقة باللزوم لان اثر اللزوم يظهر في ثاني الحال وهو عدم التمكن من
الرجوع في المستقبل والترجيح يكون بمعنى قائم في الحال ولان الرجوع
امتنع بحصول المقصود بها وهو الاجر لا لقوة في السبب ولو حصل المقصود
بالهبة لا ترجع ايضا كما اذا كانت لذي الرحم المحرم او عوضه الموهوب له عنها
والصدقة قد لا يكون لازمة بان كانت لغني وهذا فيما لا يحتمل القسمة من
غير خلاف فان الشيوع لا يضره واختلفوا فيما يحتمل القسمة والاصح انه
لا يصح لانه ينفيذ الهبة في الشايع فصار كاقامة البينتين على الارتهان
وقيل هذا قول ابي حنيفة وعندهما يجوز بناء على ان هبة الواحد من اثنين
جائز عندهما خلافا له وهذا لان الملك يستفاد بقضا القاضي وقضاؤه
كهبة الواحد من اثنين وقيل يجوز بالاجماع لان الشيوع طارئ اذ كل واحد
منهما اثبت قبضا لكل ثم حصل الشيوع بعد ذلك وذلك لا يمنع صحة الهبة
والصدقة والاصح انه لا يجوز بالاجماع لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف
وانما نقضي له بالعقد الذي شهد به شهوده وعند اختلافهما العقدين لا يجوز
الهبة من رجلين بالاجماع وهذا فيما لم يوقتا البينتان ولم يكن مع واحد
منهما قبض واما اذا وقتا فصاحب الوقت الاقدم اولى وان لم يوقتا
ومع احدهما قبض كان هو اولى وكذا ان وقت صاحبه على ما بينا في الشرا
من ذي اليد قال والشرا والمهر سوا معناه اذا ادعى احدهما الشرا من عين
من رجل وادعت المراة ان ذلك الرجل تزوجها عليه فهما سوا لاستوائهما
في البينتين في القوة لان كل واحد منهما عقد معاوضة ومثبت للملك بنفسه
بخلاف الهبة والبيع على ما بينا وللمراة نصف العين ونصف قيمة العين
على الزوج لاستحقاق نصف المسمى وللمشتري نصف العين ويرجع بنصف الثمن
ان شاء وان شا فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه وهذا عند ابي يوسف رحمه
الله وقال محمد رحمه الله الشرا اولى ولها على الزوج قيمة العين لان العمل
بالبينتين ممكن فيصار اليه اذ البينة من حجج الشرع والعمل بها مهما امكن واجب
وقد امكن العمل بها بتقديم الشرا اذ النكاح على عين مملوكة للغير جائز
ويجب قيمته عند تعذر تسليمها بخلاف العكس لان تقدم النكاح مبطل للبيع
اذ لا يجوز بيع ملك الغير من غير اجازة المالك قلنا المقصود من البينة حكمه
وحكم النكاح ملك المستحق فيه ومتى قدرنا متاخرا لم يوجب حكمه فلا يصار اليه

لا

لا لادعا ذا اليد باخر الشرا فيجعل كانهما وقعا معا وهما سوا في افادة ملك
العين فلا يتقدم احدهما على الاخر كدعوى الشرا منهما مثل القياس ان يكون
النكاح اولى من الشرا لانه اقوى الا ترى انه يفيد ملك العين والتصرف
بنفس العقد ولا يبطل بالهلاك قبل التسليم الا انا سوينا بينهما لما ذكرنا
ولان فيما قاله محمد رحمه الله اثبات تاريخ لم يشهد به احد وهو لا يمكن اثباته
الا بحجة قال والرهن احق من الهبة معناه اذا ادعى احدهما رهنا وقبضا
والاخر هبة وقبضا من صاحب اليد واقاما البينة ولم يكن مع واحد منهما
تاريخ ولا قبض كان الرهن اولى وهذا استحسان والقياس ان يكون الهبة
اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته فكانت البينة المثبتة للزيادة اولى
وهذا رواية كتاب الشهادات وجه الاستحسان ان الرهن مضمون والهبة
امانة والمضمون اقوى فكان اولى بخلاف الهبة بشرط العوض لانها بيع انتهاء
والبيع اولى لكونه عقد ضمان يثبت الملك للحال صورة ومعنى والرهن لا يثبته
الا عند الهلاك معنى لا صورة قال ولو برهن الخارجان على الملك والتاريخ
او على الشرا من واحد فالاسبق احق اي لو اقام الخارجان البينة على الملك
المطلق والتاريخ او على الشرا من واحد غير ذي اليد وعلى التاريخ كان اسبقهما
تاريخا اولى فيهما اما الاول فالمراد به ما ذكره في اول الباب وانما اعاده هنا
لاجل ذكر التاريخ وانما كان اسبقهما تاريخا فيهما اولى لانه اثبت ملكه
في وقت لا ينازعه فيه احد وجعل الكرخي هذا القول متفقا عليه لان دعوى
ملك مطلق دعوى التملك من جهة المدعى عليه لانما يستحقه على ذي اليد
من الملك الثابت له ظاهرا ثم يعتبر استحقاقا تمكن على ذي اليد فيكون تمليكا
من جهته والتاريخ معتبر في دعوى التملك نصا كما لو ادعيا التملك بالشرا
من جهة المدعى عليه وجعل صاحب الامالي ان هذا قول ابي حنيفة وقول محمد
اولا وهو قول ابي يوسف اخرا وفي قول محمد اخرا وهو قول ابي يوسف اولا هو
بينهما لانه لا عبرة للتاريخ في دعوى الملك المطلق لانه دعوى اولية الملك
للعين حتى يستحق بزوائده المنفصلة كالنتاج والمقصود من اثبات التاريخ
اثبات زيادة الاستحقاق على خصمه لترجح بينته على بينة الخصم واثبات
زيادة الاستحقاق لا يتصور في دعوى اولية الملك فكان التقدم والتاخر
فيه سواء ولو ارخ احدهما دون الاخر فهما سوا عند ابي حنيفة وقال ابو
يوسف المورخ اولى وقال محمد المبهم اولى لان البينة على الملك المطلق
يدل على الملك من الاصل على ما بينا الا ترى انه يستحق به الاولاد والاكساب
وملك الاصل اولى من التاريخ ولابي يوسف ان المورخ ملكه متيقن في ذلك

الوقت ولم ينتقض ملك الآخر فكان المتيقن أولى من المحتمل فصار كما لو ادعيا
الشراء من واحد ولأبي حنيفة رحمه الله أن البينة تحتمل أن يكون أقدم فلا يترجح
المؤرخ مع الاحتمال بخلاف ما إذا ادعيا الشراء من واحد لأنهما اتفقا على الحدوث
فيضاف إلى أقرب أوقاته ما لم يؤرخ فإذا أرخ دل على سبق ملكه فترجح به
على الآخر وإن لم يؤرخ واحد منهما استويا على ما ذكرنا في أول الباب وكذا إذا
أرخا تاريخا واحدا لعدم المرجح وأما الثانية فلأنهما لما ادعيا الشراء من
شخص واحد فقد اتفقا على أن الملك له فمن أثبت منهما التلقي من جهته في
زمان لا يزاحمه فيه أحد كان أولى لاتفاقهما على أن الملك لا يثبت إلا بالتلقي
منه بخلاف ما إذا كان كل واحد منهما يدعي الشراء من شخص آخر غير الذي يدعي منه
صاحبه الشراء على ما يجيء من قريب ولو لم يؤرخا فهما سواء وإن أرخت إحداهما
دون الأخرى فالمؤرخ أولى لما بينا وإن كان مع أحدهما قبض كان هو أولى ولو
أرخ الآخر ما لم يثبت أنه أقدم تاريخا فحاصله أن هذه المسئلة مثل المسئلة
المتقدمة وهي ما إذا ادعيا الشراء من ذي اليد في جميع ما ذكرنا من الأحكام
حتى إذا ادعى أحدهما الشراء والآخر الهبة والقبض أو ادعى أحدهما الشراء
والآخر المهر أو أحدهما الرهن والآخر الهبة كان الجواب في جميع صورها كالجواب
في ملك على ما بينا والجامع بينهما أن المدعيين في المسئلتين اتفقا على أن
الشراء من شخص واحد على أن الملك كان له وأن الملك لغيره لا يثبت إلا
بالتلقي منه فكان حكمهما واحدا قال وعلى الشراء من آخر وذكرا تاريخا استويا
يعني لو أقام كل واحد منهما بينة على الشراء من رجل غير الذي يدعي الشراء
منه صاحبه كانا سواء حتى يكون بينهما نصفين سواء كان تاريخ أحدهما أقدم
أو لم يكن لأن كل واحد منهما يثبت الملك لبائعه وتملك بائعه مطلق ولا تاريخ
فيه فيثبت لكل واحد من البائعين ملك مطلق فيكون بينهما فصار كما إذا
حضر البائعان وادعيا الملك من غير تاريخ وكذا لو ذكر أحدهما تاريخا دون
الآخر فهما سواء لأنه لا يترجح بالتقدم حقيقة فكيف يترجح بالاحتمال بخلاف
ما إذا كان المملك لهما واحدا حيث يكون أقدمهما تاريخا أولى لأن ملك
بائعهما يثبت بإقرارهما فلا يتصور التملك إلا من جهته فإذا ملكه لأحدهما
خرج عن ملكه فكان البيع الثاني من غير مالك فلا يجوز وكذا لو أرخ أحدهما
كان المؤرخ أولى به لما ذكرنا من قبل ولو ادعى شخص هبة وقبضا من رجل
وادعى آخر شراء من غيره وادعى ثالث ميراثا من غيرهما وادعى رابع صدقة
وقبضا من غيرهم وأقاموا البينة قضي بينهم أرباعا سواء كانوا معهم تاريخ أو
مع بعضهم أو لم يكن لما ذكرنا أنهم يثبتون الملك لملكهم وذلك لا تاريخ فيه

ولا

ولا تعتبر الفوقية هنا لما ذكرنا من قبل قال ولو برهن الخارج على
ملك مؤرخ وتاريخ ذي اليد أسبق أو برهنا على النتاج وسبب ملك لا يتكرر
أو الخارج على الملك وذو اليد على الشراء منه فذو اليد أحق يعني في المسائل
الثلاث أما في الأول فالمذكور قول أبي حنيفة وأبي يوسف ورواية عن محمد
ثم رجع عنه فقال لا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق أصلا لأن
البينة في الملك المطلق متناولة الملك فيستوي فيهما التأخر والتقدم
فصار كأنهما قامتا على الملك المطلق بخلاف ما إذا ذكر السبب كالشراء
ونحوه لأنهما يثبتان الحدوث وفيه الأقدم أولى ما لم يدع المتأخر التلقي
من جهة المتقدم ووجه قولهما أن البينة مع التاريخ تدفع ملك غيره في وقت
التاريخ وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة فلا يثبت الملك لغيره بعد
إلا بالتلقي من جهته وهو لم يدع ذلك ولو استوى تاريخهما أو لم يكن معهما تاريخ
أو كان مع أحدهما دون الآخر كان الخارج أولى لأن بينته تثبت على الظاهر
وبينة ذي اليد لا تثبت غير ما ظهر باليد والبينات للإثبات وكانت
بينة ذي اليد وحدها خلافا لأبي يوسف فإنه يقول تقبل بينة ذي اليد
فيهما وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأن ملكه ثبت في وقته متقدم
وملك الآخر محتمل فلا يزاحم المتيقن وصار كما إذا أرخا وأحدهما في دعوى
الشراء من واحد قلنا بينة ذي اليد لا تقبل إلا إذا تضمنت الدفع ولا تضمن هنا
لاحتمال أن يكون ملك الخارج أقدم بخلاف ما إذا ادعيا الشراء من واحد
حيث يكون صاحب اليد أولى في الصور كلها إلا إذا أرخا وكان تاريخ الخارج
أقدم لأن تمكنه من القبض يدل على سبقه على ما بينا ولو كان المدعى في أيديهما
وأرخا كان أقدمهما تاريخا أولى عندهما لما بينا أن بينة ذي اليد مقبولة
عندهما للدفع وعند محمد هو بينهما لأنه لا يعتبر الوقت في الملك المطلق
ولو أرخت إحداهما دون الأخرى والمسئلة بحالها كان بينهما عند أبي حنيفة
ومحمد لأن أبا حنيفة لا يعتبر التاريخ من أحد الجانبين في الملك المطلق للاحتمال
على ما بينا ومحمد لا يعتبره بالكلية فيكون بينهما وعند أبي يوسف هو للمؤرخ
منهما لأن تاريخ الواحد معتبر عنده لتيقن ملكه في ذلك الوقت واحتمال الآخر
على ما بينا فترجح بالتيقن وأما الثانية وهو ما إذا أقاما البينة على
النتاج أو على سبب ملك لا يتكرر فلأن بينتهما قامتا على ما لا يدل عليه اليد
فاستويا في الإثبات وترجحت بينة صاحب اليد باليد فيقضى له به ولا عبرة
للتاريخ لأن أولية الملك تستوعب كل التاريخ فلا يعتبر ذكره من أحدهما
أو منهما اتحد التاريخان أو اختلفا ما لم يذكر تاريخا مستحيلا بأن لم يوافق سن

المدعا والقياس ان يكون الخارج اولى لانهما استويا في اثبات اولية الملك
وترجح الخارج باثبات ما لا يدل على اليد وهو الملك لنفسه فكان اولى وبه
قال ابن ابي ليلى وقال عيسى بن ابان تتهاتر البينتان فترك في يد ذي
اليد لا على وجه القضاء لان احدهما كاذب بيقين لاستحالة نتاج دابة من
دابتين فصار نظير الشهادة بالقتل في مكانين وجه الاستحسان ما
روي انه عليه السلام قضى لذي اليد بناقة بعدما اقام الخارج بينة
انها ناقته نتجها واقام ذو اليد بينة انها ناقته نتجها ولان اليد لا تدل
على اولية الملك فكان مساويا للخارج فيها فباثباتها تندفع الخارج وبينة
صاحب اليد مقبولة للدفع الا ترى انهما لو ارخا في دعوى الشرا وبينة
ذي اليد اقدم تقبل بالاجماع وكذا في الملك المطلق عند ابي حنيفة
وابي يوسف لما فيها من تضمن معنى الدفع فكذا هنا ولا يلزم ما اذا ادعا
الخارج الفعل على ذي اليد كالغصب والاجارة والعارية حيث يكون
بينة الخارج اولى وان ادعاه ذو اليد النتاج لان بينة الخارج في
هذه الصورة كلها اكثر اثباتا لانها تثبت الفعل على ذي اليد وهو
الغصب واشباهه اذ هو غير ثابت اصلا واولية الملك ان لم يكن ثابتا
باليد فاصل الملك ثابت بها ظاهرا فكان ثابتا باليد من وجه دون وجه
فكان اثبات غير الثابت من كل وجه اولى اذ البينة للاثبات وما قاله
عيسى غير صحيح لان محمدا ذكر في خارجين اقام كل واحد منهما البينة على
النتاج انه يقضى به بينهما ولو كان الطريق ما قاله لهو لتهاترتا وكذا لو
كانت الشاة المذبوحة في يد احدهما والسواقط في يد الاخر واقام كل
واحد منهما البينة على النتاج يقضى بها وبالسواقط لمن في يده وثمرة ما
قاله تظهر في التحليف لانهما اذا تهاترتا يصار الى التحليف ولو
اقام الخارج البينة انه اشتراه من فلان وانه ولد عنده واقام ذو اليد
البينة انه اشتراه من فلان اخر وانه ولد عنده كان ذو اليد اولى
لان كل واحد منهما خصم في اثبات نتاج بائعه كانه حضر في اثبات الملك له
ولو حضر البائعان واقاما البينة على النتاج كان صاحب اليد اولى
فكذا من قام مقامهما ولو اقام احدهما على الملك والاخر على النتاج كان
صاحب النتاج اولى ايهما كان لانه يثبت اولية الملك فلا يتلقى الملك
غيره الا بالتلقي من جهته وكذا لو كان الدعوى من الخارجين لما ذكرنا
ولو قضي بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى
له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه فجاز له

ان

ان يدعيه وكذا المقضي عليه بالملك المطلق لو اقام البينة على النتاج
تقبل بينته وينقض القضاء لان الخارج انما استحق على ذي اليد شيئا لان
ملك ذي اليد ثبت بالنتاج صريحا وبعدما ثبت الملك له به لا يتصور ان يكون
للخارج بذلك السبب لان النتاج لا يتكرر فلا يمكن ان يجعل ما استحقه
الخارج من الملك الثابت لذي اليد بظاهر اليد مستحقا على ذي اليد بخلاف
دعوى الملك المطلق لانه كما يحتمل ان يكون له من الاصل يحتمل ان يكون
له من جهة صاحب اليد فامكن ان يجعل ما استحقه الخارج من الملك الثابت
لذي اليد بظاهر اليد مستحقا على ذي اليد فيجعل لذلك في حق ترجيح بينة
الخارج على بينة ذي اليد فاذا لم يصر مقضيا عليه في حق النتاج تقبل
بينته كما تقبل بينة الاجنبي لانه بمنزلة نص نزل بخلاف ما اذا ادعى ذو اليد
الملك المطلق حيث لا يحكم له به للاحتمال الذي ذكرنا انفا فصار في الاصل
ان من صار مقضيا عليه في حادثة لا يقضى له فيها والا يقضى له فيها وقوله
وسبب ملك لا يتكرر معناه كل سبب لا يتكرر في الملك اذا ادعاه صاحب
اليد كان حكمه حكم النتاج في جميع ما ذكرنا من الاحكام وذلك مثل حلب اللبن
واتخاذ الجبن وجز الصوف والمرعزى وغزل القطن والكتان ونسج الثوب
من غزلنا وان كان يتكرر قضي به للخارج وهو مثل الخز والبناء والغرس
وزراعة الحنطة والحبوب لان ثوب الخز والصوف والشعر اذا بلي ينقض
ويغزل مرة اخرى ثم ينسج فيحتمل ان ذا اليد نسجه ثم غصبه الخارج ونقضه
ثم نسجه فيكون ملكا له بهذا الطريق فلم يكن في معنى النتاج بل بمنزلة
الملك المطلق وكذا غيره لان البناء والغرس والزراعة يتأتى فيها التكرار
وان اشكل عليهم يسأل عدول اهل الخبرة بذلك لقوله تعالى فاسألوا
اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون الواحد منهم يكفي والاحوط الاثنان وان
اشكل عليهم قضي به للخارج لانه الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فلا يلحق
به الا ما هو في معناه من كل وجه بشرط ان يبين في الدعوى نصا ان ذلك
السبب وجد في ملكه حتى اذا قال كل واحد منهما او ذو اليد وحده نسجت
هذا الثوب ونتجت هذه الدابة عندي كان الخارج اولى لان الانسان
ينسج لغيره وتلك دابة الغير عنده فلم يكن فيه دلالة على ان الثوب
نسجه في ملكه وان الدابة ولدت في ملكه فبقي دعوى مطلق الملك وفيه
الخارج اولى ولا تقبل بينة ذي اليد فيه حتى ينص عليه ويقول نسجته
في ملكي او نسج في ملكي وولدت الدابة في ملكي وعلى هذا لو قال هذا الجبن
اتخذته انا او قال اللبن الذي اتخذ منه هذا الجبن ملكي والشاة

التي حلبت منها لنفسه في ملكي كان الخارج اولى لما ذكرنا ولو قال اتخذته في ملكي او حلبته في ملكي كان ذو اليد اولى وعلى هذا لو اقام الخارج البينة ان فلانا القاضي قضى له بها بالبينة واقام ذو اليد انها نتجت في ملكه كان ذو اليد اولى عند محمد لما ذكرنا وعندهما الخارج اولى لان القضاء قد صح ظاهرا ويحتمل انه اشتراه من ذي اليد فلا ينقض قضاؤه ما لم يظهر خطاؤه بيقين واما الثالثة وهي ما اذا اقام الخارج البينة على الملك واقام ذو اليد البينة على الشراء منه فلان الخارج اثبت الملك لنفسه ببينته واثبت ذو اليد التلقي منه فكان له حكم التلقي منه واقراره بانه له في ضمن دعوى الشراء منه لا يمنع صحة دعواه وقبول بينته كما اذا اقر له بالملك صريحا ثم ادعى بعد ذلك انه اشتراه منه في زمان يمكن الشراء منه لانه لا تنافي اذ التوفيق ممكن **قال** ولو برهن كل على الشراء من الآخر بلا تاريخ سقطا وتترك الدار في يد ذي اليد اي لو اقام كل واحد من الخارج وذي اليد او الخارجين او ذوي الايدي البينة على الشراء من صاحبه ولا تاريخ لهما تهاترت البينتان ويترك المدعى في يد ذي اليد لا على وجه القضاء وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان كانت في يد احدهما يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن بان يجعل ذو اليد مشتريا من الخارج وقبضه ثم باعه منه ولم يقبضه فيؤمر بالدفع اليه لانه لا يمكنه من القبض لان الحق عليه ثابت ولا يعكس لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقرار بالشراء من صاحبه اقرار منه بالملك له فصارت بينة كل واحد منهما كانها قامت على اقرار الآخر وفيه التهاتر بالاجماع لتعذر الجمع فكذا هذا ولانه يلزم من القضاء بهما القضاء لذي اليد بمجرد السبب من غير ان يترتب عليه حكمه وهو الملك وذلك باطل لانه يؤدي الى بطلان السبب اذ السبب لم يشرع الا لحكمه فاذا لم يفد حكمه لم يكن مشروعا كطلاق الصبي وعتاقه فاذا لم يكن مشروعا خرج من ان يكون سببا لان سببيته بالشرع وانما قلنا ذلك لانه لا يمكن الحكم لذي اليد بالملك المستحق فلزم منه القضاء له بمجرد السبب ولكنه لا يجوز ثم لو شهدت البينتان بقبض الثمن تقاصا ان كان الثمنان من جنس واحد وتساويا وان كان احدهما اكثر رجع بالزيادة وان اختلفا جنسا رد كل واحد منهما ما قبض لانه مضمون عليه وان لم يشهدوا بقبض الثمن لا تقاص عندهما لعدم الوجوب وعند محمد تقاص لوجوبه عنده ولو شهد الفريقان بالبيع وقبض المبيع تهاترت البينتان بالاتفاق لتعذر التوفيق اما عندهما فظاهر

٤٠

على ما بينا واما عند محمد فلان البيعين وان كانا جائزين لوجودهما بعد القبض لكن ليس فيهما ذكر التاريخ ولا دلالته حتى يجعل احدهما سابقا والآخر لاحقا بخلاف ما اذا لم يذكرا قبض المبيع لانه امكن هناك ان يجعل شراء ذي اليد متقدما دلالة لاجل اليد على ما بينا وهكذا ذكر صاحب الهداية انه قول محمد في هذه الصورة وذكر في المحيط انه يقضى بها عنده فيجعل القبض الثاني آخر القبضين ويجعل ذو اليد آخر المشتريين كان الخارج اشترى وقبض ثم باعها من ذي اليد وقبض فيقضى بالدار له ومثله في الجامع وشرح الكرخي والمبسوط والمختلف وان وقتت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا فان كان وقت الخارج اسبق يقضى بها لصاحب اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه وكان ينبغي ان يقضى بها لذي اليد عنده ايضا فيجعل الخارج كانه قبضها ثم باعها من بائعه وهو ذو اليد تصحيحا للعقد وان اثبتا قبضا يقضى بها لصاحب اليد بالاجماع لان البيعين جائزان على القولين لان الخارج باعها من بائعه بعد ما قبضها وذلك صحيح وان كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى بها للخارج سواء شهدوا بالقبض او لم يشهدوا لان صاحب اليد قابض وقد اثبت شراءه سابقا فيجعل كانه اشترى اولا كما شهد به شهوده ثم باعها من بائعه وهو الخارج فيجعل على انه سلم اليه اذ لم يشهدوا بالقبض او سلم اليه ثم عاد اليه بسبب آخر ان شهدوا بالقبض **قال** ولا يرجح بزيادة عدد الشهود معناه لان احد الخصمين اذا اقام شاهدين والآخر اكثر لا يرجح بكثرة شهوده لان الترجيح يكون بقوة في العلة لا بكثرة العلل لان ما يصلح دليلا مستقلا لا يصلح للترجيح وانما يرجح بالوصف ولهذا لا يرجح الآية باية اخرى ولا الخبر بالخبر وانما يرجح بقوة فيهما بان كان احدهما متواترا والآخر من الآحاد او كان احدهما مفسرا والآخر محتملا يرجح المفسر على المحتمل والمتواتر على الآحاد لقوة وصف فيه وكذا لا يرجح احد القياسين بالقياس لما ذكرنا **قال** دار في يد آخر ادعى رجل نصفها وآخر كلها وبرهنا فللاول ربعها والباقي للآخر لان مدعي الكل لا ينازعه احد في النصف فسلم له من غير منازعة ثم استوت منازعتهما في النصف الآخر فيكون بينهما فسلم لمدعي الكل ثلاثة الارباع ولمدعي النصف سلم له الربع وهذا بطريق المنازعة وهو قول ابي حنيفة وقالا تقسم الدار بينهما اثلاثا فالثلثان لمدعي الكل والثلث لمدعي النصف لان مدعي الكل يدعي النصفين والآخر النصف الواحد وليس لمدعي واحد

ثلاثة انصاف فيقسم بينهما اثلاثا على قدر حقهما وهذا طريق العول
ولها نظاير واضداد نبينها مختصرا فنقول ان جنس القسمة على اربعة
انواع نوع منها يقسم بطريق العول اجماعا وهي ثمان مسايل الميراث والديون
والوصية بما دون الثلث اذا اجتمعت وزادت على الثلث والمحاباة والدراهم
المرسلة والسعاية والعبد اذا قلع عين رجل وقتل آخر خطا فدفع بهما
والمدبر اذا جنى على هذا الوجه فدفعت قيمته بهما ونوع منها يقسم بطريق
المنازعة اجماعا وهي مسيلة واحدة وهي فضولي باع عبد الغير من رجل وفضولي
آخر باع نصفه من رجل فاجاز المولى البيعين واختار المشتريان الاخذ
يكون لمشتري الكل ثلاثة ارباعه ولمشتري النصف الربع بطريق المنازعة
ونوع منها يقسم بطريق المنازعة عند ابي حنيفة وعندهما بطريق العول وهي
ثلاث مسايل احدها اذا ادعيا احدهما نصف الدار والآخر كلها وهي مسيلة
الكتاب والثانية اذا اوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بنصف ماله واجازت
الورثة والثالثة اذا اوصى لرجل بعبد بعينه ولآخر بنصف ذلك العبد
وليس له مال غيره ومنها ما يقسم بطريق العول عند ابي حنيفة وعندهما
بطريق المنازعة وهي خمس مسايل احدها عبد ماذون له في التجارة بين
رجلين اذانه احدهما مائة واذانه اجنبي مائة فدين المولى سقط نصفه
لاستحالة وجوب الدين على عبده وثبت نصفه الذي في نصيب شريكه
فاذا بيع بالدين يقسمان الثمن على الخلاف الذي ذكرناه والثانية
اذا اذانه اجنبيان احدهما مائة والآخر مائتين يقسمان ثمنه على هذا
والثالثة عبد قتل رجلا خطا وآخر عمدا وللمقتول عمدا وليان فعفى
احدهما فدفع بهما كان بينهما على الخلاف والرابعة لو كان الجاني مدبرا على
هذا الوجه فدفعت قيمته كانت بينهما كذلك والخامسة ام ولد قتلت
مولاها واجنبيا عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفى احد وليي كل واحد منهما
على التعاقب فانها تسعى في ثلاثة ارباع قيمتها فيقسم بين الشريكين
فيعطى الربع لشريك العافي آخرا والنصف الآخر بينه وبين شريك العافي
اولا اثلاثا ثلثاه لشريك العافي اولا والثلث لشريك العافي آخرا
عنده وعندهما ارباعا ثم الاصل عنده ان القسمة متى وجبت لحق ثابت في
الذمة او لحق ثابت في العين على وجه الشيوع في البعض دون الكل كانت
القسمة عولية ومتى وجبت القسمة لحق ثابت على هذا التمييز او كان
حق احدهما في البعض الشايع وحق الآخر في الكل كانت القسمة على المنازعة
والاصل عندهما ان الحقين متى ثبتا على الشيوع في وقت واحد كانت القسمة

على

على العول وان ثبتا على التمييز او في وقتين كانت القسمة على المنازعة وبيان
طرق هذه المسايل وتخريجها على هذه الاصول وتمام تفريعها مذكورة في شرح
الزيادات لقاضي خان **قال** ولو كانت في ايديهما وهي للثاني المملوكات
الدار في ايدي المدعيين والمسالة بحالها كانت كلها لمدعي الكل لان مدعي
النصف ينصرف دعواه الى ما في يده ليكون يده يدا محقة لان حمل امور المسلمين
على الصحة واجب ولولا ذلك لكان ظالما بالامساك فاقتصرت دعواه على
ما في يده ولا يدعي شيئا مما في يد صاحبه ومدعي الكل يدعي ما في يد غيره لنفسه
وما في يد الآخر ولا منازع له احد فيما في يده فيترك في يده لا على وجه القضا
واستوت منازعتهما فيما في يد صاحبه وكانت بينته اولى لانه خارج فيه
فيقضى له في ذلك النصف فسلم له الكل نصفها بالترك لا على وجه القضا
والنصف الآخر بالقضا **قال** ولو برهنا على نتاج دابة وارخا قضي لمن
وافق سنها تاريخه لان علامة الصدق ظهرت فيمن وافق تاريخه سنها
فترجحت بينته بذلك وفي الاخرى ظهرت علامة الكذب فيجب ردها ولا
فرق في ذلك بين ان يكون الدابة في ايديهما او في يد ثالث لان المعنى لا يختلف
بخلاف ما اذا كانت الدعوى في النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها لذي اليد
ان كانت في يد احدهما او لهما ان كانت في ايديهما او في يد ثالث **قال** وان
اشكل ذلك فلهما اي ان اشكل سن الدابة في موافقة احد التاريخين تقضى
لهما بها لان احدهما ليس باولى بها من الآخر وهذا اذا كانا خارجين بان كانت
الدابة في يد ثالث وكذا اذا كانت في ايديهما وان كانت في يد احدهما قضي بها
لصاحب اليد لانه لما اشكل الامر سقط التاريخان فصار كانهما لم يؤرخا وان
خالف سن الدابة التاريخين بطلت البينتان لانه ظهر كذب الفريقين
فتترك في يد من كانت في يده والاصح انهما لا تبطلان بل يقضى بها بينهما ان
كانا خارجين او كانت في ايديهما وان كانت في يد احدهما يقضى بها لذي اليد
لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وحقهما هنا في اسقاط اعتباره لان في اعتباره
اسقاط حقهما فلا يعتبر فصار كانهما ذكرا النتاج من غير تاريخ وفيه
صاحب اليد اولى ان كانت في يد احدهما والا فهي بينهما كما اذا اشكل في
موافقة سنها احد التاريخين وهكذا ذكره محمد رحمه الله والاول ذكره الحاكم
وهو قول بعض المشايخ وليس بشي **قال** ولو برهن احد الخارجين على الغصب
والآخر على الوديعة استويا معناه اذا كان عين في يد رجل فاقام رجلان
عليه البينة احدهما بالغصب والآخر بالوديعة استوت دعواهما حتى يقضى
بها بينهما نصفا لان الوديعة تصير غصبا بالجحود حتى يجب عليه الضمان

وما يسقط بالرجوع الى الوفاق بخلاف ما اذا خالف بالعمل من غير جحود على ما بيّنه
في موضعه ان شاء الله تعالى قال والراكب واللابس احق من آخذ اللجام
والكم معناه اذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها او
تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه كان الراكب واللابس
اولى من المتعلق باللجام والكم لان تصرفهما اظهر فانه يختص بالملك فكانا
صاحبا يد والمتعلق خارج فكانا اولى بخلاف ما اذا اقاما البينة حيث
يكون بينة الخارج اولى لانها حجة مطلقا وبينة الخارج اكثر اثباتا على ما
بيّنا واما المتعلق فليس بمجرد ذلك التصرف لكنه يستدل بالتمكن من التصرف
على انه كان في يده واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك
في يده حتى تقوم الحجة والترجيح وكذا لو كان احدهما راكبا على السرج والآخر
رديفه كان الراكب اولى لان تمكنه من ذلك الموضع دليل على تقدم يده بخلاف
ما اذا كانا راكبين على السرج حيث يكون بينهما لاستوائهما في التصرف ولو كان
احدهما متعلق بذنبها والآخر متمسك بلجامها قالوا ينبغي ان يقضى بها لمن يمسك
لجامها لانه لا يتعلق باللجام غالبا الا المالك بخلاف المتعلق بالذنب ولو
تنازعا في بساط احدهما قاعد عليه والآخر متعلق به فهو بينهما نصفان لحكم
الاستواء بينهما لا بطريق القضاء لان الجلوس ليس بيد عليه بخلاف الركوب
واللبس الا ترى انه يصير بهما غاصبا للثوب والدابة ولا يصير غاصبا بالقعود
على البساط وكذا اذا كانا جالسين عليه فهو بينهما بخلاف ما اذا كانا
جالسين في دار وتنازعا فيها حيث لا يحكم لهما بها لاحتمال انها في يد غيرهما
وهنا علم انه ليس في يد غيرهما قال وصاحب الحمل والجذوع والاتصال
احق من الغير معنى الاول ان تنازعا في دابة وعليها حمل لاحدهما كان صاحب
الحمل اولى لانه هو المتصرف فيها التصرف المعتاد فكانت في يده كما اذا ادعا
جماعة سفينة وكان واحد منهم راكبها والآخر ممسك بسكانها والآخر يجذف
فيها والآخر يمدها فهي بينهم الا من بيدها فانه لا شي له فيها لانه لا يد له فيها
لان الباقين هم المتصرفون فيها التصرف المعتاد ولو كان الحمل لهما كانت
بينهما لاستوائهما ولا ترجح بكثرة ما في الحمل لاحدهما لان الترجيح يقع بالقوة
لا بالكثرة على ما بيّنا ومعنى الثاني ان يكون حائطا عليه هرادي لرجل وللآخر
عليه جذوع او بنا متصل ببنائه فهو لصاحب الجذوع والاتصال دون الهرادي
لان صاحب الجذوع هو المستعمل وصاحب الهرادي متعلق والبنا يبنى للجذوع
عادة لا لوضع الهرادي فصار نظير دابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل
وللآخر كوز متعلق او مخلاة معلقة فانها تكون لصاحب الحمل دون صاحب

الكوز

الكوز والمراد بالاتصال اتصال تربيع وهو ان يتداخل لبن البنا المتنازع
فيه في لبن جداره ولبن جداره في لبن بنا المتنازع فيه ومساج احدهما مركبة
على ساج الآخر لان الاتصال بهذه الصفة لا يكون الا عند البنا فدل
ذلك على انهما بنيا معا في وقت واحد فترجح به وكان الكرخي رحمه الله
يقول صفة هذا الاتصال ان يكون الحائط المتنازع فيه متصلا بحائطين
لاحدهما من الجانبين جميعا والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط
المتنازع فيه حتى يصير مربعا شبه القبة فحينئذ يكون الكل في حكم شي واحد
والمروي عن ابي يوسف ان اتصال جانبي الحائط المتنازع فيه بحائطين
لاحدهما يكفي ولا يشترط اتصال الحائطين بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع
فيه وعليه اكثر مشايخنا رحمهم الله لان الرجحان يقع بكون ملكه محيطا بالحائط
المتنازع فيه من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبي الحائط المتنازع فيه
وان كان الجدار من خشب فالتربيع ان يكون ساج احدهما مركبا في الآخر واما
اذا نقب وادخل فلا يكون مربعا فلا عبرة به ولا باتصال الملازقة من غير
تربيع لعدم المداخلة فلا يدل على انهما بنيا معا ولا لوضع الهرادي ولا هو
البواري لان الحائط لا يبنى لاجله عادة فلا يكون تصرفا فيه فلا يعتبر
اصلا كوضع الثوب على الجدار حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي
وليس للآخر فهو بينهما اذا علم انه في ايديهما ولا ترجح صاحب الهرادي لعدم
الاستعمال بخلاف اتصال التربيع لان الاستعمال فيه موجود من وجه ولان
البنا للتسقيف وهو بالجذوع دون الهرادي قال الشافعي رحمه الله لا يرجح
بوضع الجذوع لانه محتمل يحتمل انه ملكه وعارية وغصب فلا يكون حجة مع الاحتمال
ولنا ان صاحب الجذوع مستعمل للحائط فكان في يده والقول قول صاحب اليد
فصار نظير الحمل على الدابة ولان الحائط يبنى للجذوع فوضعه علامة في ملكه
ومثل هذا يصلح ان يكون علامة كما اذا اختلف الزوجان في متاع البيت
حتى جعل الترجيح بالصلاحية ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو
بينهما لاستوائهما في اصل العلة ولا معتبر بالكثرة والقلة بعد ان يبلغ ثلاثا
لان الترجيح بالقوة لا بالكثرة على ما بيّنا وانما اشترطنا ان يبلغ ثلاثا لان
الحائط يبنى للتسقيف وذلك لا يحصل بما دون الثلث غالبا فصار الثلث
كالنصاب له ولو كان عليه جذوع لاحدهما ثلثة وللآخر اقل فهو لصاحب
الثلاثة استحسانا وهو قول ابي حنيفة والقياس وهو مروي عن ابي حنيفة
ان يكون بينهما نصفان لان الترجيح لا يكون بالكثرة بل بالقوة فيستويان
فيه كما اذا كان لهما حمل على دابة لاحدهما مائة من وللآخر من او منوان فانها

بينهما نصفان ووجه الاستحسان ان ما دون الثلاث حجة ناقصة اذ لا يبنى
الحائط لاجل الواحد والاثنين عادة والحجة الناقصة لا تظهر بمقابلة
الكاملة ثم لصاحب الجذع الواحد والاثنين حق الوضع باتفاق الروايات
لانا حكمنا بالحائط لصاحب الجذوع بالظاهر وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق
فلا يؤمر بالقلع بخلاف ما اذا اثبت ان الحائط له بالبينة حيث يؤمر بالقلع
لان البينة حجة مطلقة تصلح للدفع والاستحقاق وهو نظير الشفعة حيث
لا يستحق بما ثبت ملكه باليد وبخلاف ما اذا تنازعا في دابة ولاحدهما
عليه حمل وللاخر كوز معلق او نحوه حيث يؤمر بالقلع وان كان استحقاقه
باليد ووجه الفرق ان وضع الكوز لا يمكن استحقاقه على ملك الغير ابتداء
مؤبدا وانما يمكن مؤقتا من جهة المالك فاذا ظهر الاستحقاق امر بالازالة له
واما وضع الخشب فيمكن استحقاقه بان وقعت القسمة بذلك الشرط ثم اختلفت
الروايات بعد ذلك في انه يملك ذلك الموضع ام لا فذكر في كتاب الاقرارات
الحائط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به حق الوضع
لان الحائط لا يبنى لاجل جذع واحد او جذعين عادة وانما ينصب له اسطوانة
فلا يحكم له بالملك كمسألة الدابة اذا كان لاحدهما عليها حمل وللاخر كوز معلق
على ما بينا وذكر في كتاب الدعوى ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع لان موضع
جذعه مشغول بجذعه فيكون في يده حقيقة باعتبار الاستعمال فيثبت لكل
واحد منهما الملك فيما تحت خشبه لوجود سبب الاستحقاق فيه ثم من اصحابنا
من قال يحكم بما بين الخشبات بينهما على قدر الاخشاب واكثرهم على انه لا يملك
صاحب الخشبة او الخشبتين الا موضع خشبته ومنهم من قال يكون ما بين الخشب
بينهما نصفان ومنهم من قال يقسم جميع الحائط بينهما على قدر اخشابهما اعتبارا له
بالقدر المستعمل وجعل في المحيط ما ذكر في كتاب الاقرار اصح وقال قاضي خان
والصحيح ان ذلك الموضع يكون ملكا لصاحب الخشبة كما ذكر في كتاب الدعوى
وان كان لاحدهما عليه جذوع وللاخر اتصال تربيع فصاحب الجذوع اولى
لان له التصرف في الحائط ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى في
الدلالة على الملك ورجح المرتضى هذه الرواية وذكر الطحاوي ان صاحب
الاتصال اولى لان الحائطين بهذا الاتصال يصيران كبناء واحد والقضاء
ببعضه يصير قضاء للكل ثم يبقى للاخر حق وضع جذوعه لما بينا وصحح الجرجاني
هذه الرواية ورجحها بالسبق لان التربيع يكون حالة البناء وهو سابق
على وضع الجذوع فكان يده ثابتة فيه قبل وضع الاخر الجذوع فصار نظير
سبق التاريخ الا انه لا يرفع جذوع الاخر على ما بينا ولا فرق في هذا بين

ان يكون الاتصال من جانب او من الجانبين على ما ذكره الطحاوي رحمه الله وفي
المحيط الاتصال في الحائط على ثلاث مراتب اتصال تربيع واتصال ملازقة
ومجاورة ووضع جذوع ومحاذاة بناء ولا علامة لليد في الحائط سوى
هذا فاولاهم صاحب التربيع فان لم يوجد فصاحب الجذوع فان لم يوجد
فصاحب المحاذاة وان كان لاحدهما جذع واحد ولا شيء للاخر اختلف المشايخ
فيه قيل هما سواء لان الواحد لا يعتد به وقيل صاحب الجذع اولى لان الحائط
قد يبنى لجذع واحد وان كان ذلك غير غالب ولو كان لاحدهما عليه هرادي
او بواري ولا شيء للاخر فهو بينهما ولا تعتبر الهرادي ولا البواري وفي فتاوى
قاضي خان ان كان لاحدهما عليه جذع واحد وللاخر عليه هرادي او بواري
او لم يكن له عليه شيء فهو لصاحب الجذع **قال** ثوب في طرفه ويده في يد آخر
نصف يعني لو تنازع الشخصان في ثوب في يد واحد وطرفه في يد الاخر كان
بينهما نصفان لان يد كل واحد منهما ثابتة في الثوب لا ان احدهما ثابتة في
الاكثر وذلك لا يوجب الترجيح لما ذكرنا ان الرجحان بالقوة لا بالكثرة فصار
كما لو تنازعا في دابة ولهما عليها حمل على التفاوت كانت بينهما نصفان ولا
يعتبر تفاوت الحمل حتى اذا كان لاحدهما منا وللاخر مائة من كانت بينهما بخلاف
ما اذا كان في يد احدهما الهدبة والباقي في يد الاخر لان الهدبة ليست بثوب
اذ هي غير منسوجة فلم يكن في يده شيء من الثوب فلا يزاحم الاخر **قال** صبي
يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول له لانه اذا كان يعبر عن نفسه فلا
تقبل دعوى احد عليه انه عبده عند انكاره الا ببينة كالبالغ **قال**
ولو قال انا عبد لفلان او لا يعبر عن نفسه فهو عبد لمن في يده اما الاول
فلانه اقر انه لا يد له حيث اقر على نفسه بالرق فكان ملكا لمن في يده كالقماش
ولا يقال الاقرار بالرق من الضار فلا يعتبر من الصبي فكيف يصح اقراره به هنا
لانا نقول الرق لم يثبت بقوله الصبي بل بدعوى ذي اليد لعدم المعارض بدعوى
الحرية لانه لما صار في يد المدعي بقي كالقماش في يده فيقبل اقراره عليه
ولا نسلم ان الاقرار بالرق من الضار لانه يمكنه التدارك بعده بدعوى الحرية
اذ التناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى بخلاف الاقرار بالدين ولا يقال الاصل
في الادمي الحرية لانه ولد ادم وحواء عليهما السلام وهما حران فوجب
ان لا تقبل دعوى الرق الا ببينة وكونه في يده لا يوجب قبول قوله عليه كاللقيط
كاللقيط حيث لا يقبل قول الملتقط انه عبده وان كان في يده لانا نقول
الاصل اذا اعترض عليه ما يدل على خلافه بطل وثبوت اليد دليل على
خلاف ذلك الاصل لانه دليل الملك فيبطل به ذلك الاصل ولا نسلم

ان اللقيط اذا اقر بالرق بعد ان كان معبرا عن نفسه يخالفه في الحكم فلا يلزمنا
وان لم يعبر عن نفسه فليس في يد الملتقط من كل وجه لانه امين فيه والامين
يده قائمة مقام يد غيره فكانت غير ثابتة واما الثاني وهو ما اذا كان
لا يعبر عن نفسه فلانه بمنزلة المتاع فيكون ملكا لمن هو في يده ان ادعاه لعدم
المعارض من يد على نفسه حقيقة او حكما وهذا لان الاصل في الادمي وان كان
لا يثبت عليه يد غيره اكراما له حتى لا يكون ممتهنا كالمتاع والبهائم لكن ذلك
عند القدرة بان يكون معبرا عن نفسه لا عند العجز والعجز باحد امرين اما بالصغر
حقيقة او بالرق حكما فيقبل قول المدعي ولو كبر وادعى الحرية لا يقبل قوله
لانه ظهر عليه الرق فلا ينقض ذلك الا بالبينة **قال** عشرة ابيات في دار
في يد رجل وبيت في يد اخر فالساحة نصفان لان الساحة يحتاج اليها لاجل
استعمالها في انواع المرافق من المرور فيها والتوضي وكسر الحطب ووضع الامتعة
ونحو ذلك من انواع المنافع وهما في ذلك سوا فينصف بينهما فصارت نظير
الطريق ولان الترجيح بالقوة لا بالكثرة على ما بينا غير مرة بخلاف ما اذا
تنازعا في الشرب حيث يقسم بينهما على قدر اراضيهما لان الشرب يحتاج اليه لاجل
سقي الارض فعند كثرة الاراضي يكثر الحاجة اليه فيقدر بقدر الاراضي بخلاف
الانتفاع بالساحة فانه لا يختلف باختلاف الاملاك كالمرور في الطريق
قال رحمه الله ادعيا كل ارضا انها في يده ولبن احدهما فيها او بنى او حفر
فهي في يده كما لو برهنا انها في يده لان اليد في الارض غير مشاهدة وهي
مقصودة فلا يثبت عند القاضي بمجرد دعواهما انها في يده فلا بد من اقامة
البينة انها في يده او من التصرف فيها كالتلبين او البنا او الحفر لان التمكن
من هذه الاشيا دليل على انها في يده ثم ان ادعيا انها في ايديهما لم يقض به
بلا بينة لاحتمال انها في غيرهما وان ادعيا انها في يد احدهما فكذلك لانه
يمكن انهما تواضعا على ذلك لكن ليس بمنازع في اليد لاخر ان انها في
يد صاحبه واقراره في حق نفسه مقبول وكذا لو حلفا انها ليست في يد
صاحبه فنكل احدهما ولو نكلا قضي في يد كل منهما نصفها الذي في يد
صاحبه لصحة اقراره في حق نفسه وان حلفا جميعا لم يقض باليد لهما فيها
وبري كل منهما عن دعوى صاحبه وان اقام احدهما البينة انها في يده
قضي له باليد فيها ويكون الاخر خارجا وكذا ان لبن احدهما او بنى او غرس
او فعل شيئا اخر مما يدل على انها في يده وان اقاما البينة على اليد قضي
لهما بها فان طلبا القسمة لا يقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك
قيل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يقسم بنا على ان الورثة اذا كانت

دار

دار في ايديهم قسمها بقولهم انها ميراث عندهما وعند ابي حنيفة لا يقسمها حتى
يقيموا البينة انه مات وتركها ميراثا بينهم والله سبحانه وتعالى اعلم

باب دعوى النسب

قال رحمه الله ولدت مبيعة لاقل من ستة اشهر منذ بيعت فادعاه
البائع فهو ابنه وهي ام ولده ويفسخ البيع ويرد الثمن وان ادعاه المشتري
معه او بعده وقال زفر والشافعي لا تصح دعوته الا ان يصدقه المشتري
وهو القياس لان اقدامه على البيع دليل على ان الحمل ليس منه اذ هو اعتراف
منه بجوازه لان المسلم لا يباشر الباطل ظاهرا فصار في دعواه مناقضا
وساعيا في نقض ما تم من جهته وهو البيع فلا يقبل اذ التناقض يبطل الدعوى
فصار كما لو ادعاه ابو البائع او ادعى هو اعتاقها او تدبيرها قبل البيع
وجه الاستحسان ان مبنى النسب على الخفا فيعفى فيه التناقض فيقبل دعوته
اذا تيقن بالعلوق في ملكه بالولادة لاقل من ستة اشهر لانه بمنزلة اقامة البينة
بل فوقها وهذا لان الانسان قد لا يعلم العلوق بالكلية ثم يظهر له او قد
يظن ان العلوق من غيره ثم يعلم انه منه فيعذر في التناقض كالزوج اذا اكذب
نفسه بعد قضا القاضي بنفي النسب باللعان وكالمختلعة تقيم البينة
ان الزوج طلقها ثلاثا قبل الخلع وكالمكاتب تقيم البينة ان مولاه اعتقه
قبل الكتابة فان بينتهما تقبل مع التناقض في الدعوى للخفا عليهما لان
الزوج والمولى ينفرد كل واحد منهما بالطلاق والاعتاق فيعذران فيه بخلاف
دعوى الاعتاق والتدبير بعد البيع لانه فعل نفسه فلا يخفى عليه فلا يعذر
ولانه لم يتيقن بكذبه في الكلام الاول لاحتمال كذبه في الثاني فلا ينقض
البيع بالاحتمال حتى لو اقام البينة بالاعتاق او التدبير تقبل بينته
لتيقننا بكذبه بثبوت الحرية والتدبير قبل البيع وبخلاف دعوى ابي البائع
لان شرط صحة دعواه ثبوت ولايته الدعوة من وقت العلوق الى وقت الولادة
على ما بيناه من قبل ولم يوجد واذا صحت الدعوى من البائع استندت الى
وقت العلوق لكونها دعوة استيلاد فيظهر انه باع ام ولده فيكون باطلا
ويرد الثمن لبطلان البيع ولان المشتري لم يدفع الثمن اليه الا ليسلم له
المبيع فاذا لم يسلم له رجع به ولا تعتبر دعوة المشتري مع دعوة البائع او
بعده وهو المراد بقوله وان ادعاه المشتري معه او بعده لان دعوة البائع
اسبق لانها تستند الى حالة العلوق لكونها دعوة استيلاد لوجود العلوق
في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير اذ العلوق لم يكن في ملكه فيقتصر وكانت
الاولى اقوى فلا يعتبر الثانية معها او لانه لما ثبت النسب من البائع تبين

ان البيع كان باطلا فلم يدخل في ملك المشتري فصار المشتري كغيره من الاجانب
فلا يصح دعواه ولان الولد استغنى عن النسب بثبوته من البائع فلا حاجة
الى اثباته من غيره واحترز بقوله وان ادعاه المشتري معه او بعده عما اذا ادعاه
المشتري قبله فانه اذا ادعاه المشتري اولا ثبت نسبه منه لوجود المجوز للدعوى
وهو الملك الا ترى انه يجوز اعتاقه واعتاق امه فكذا يصح دعوته ايضا
لحاجته الى النسب والى الحرية وتثبت لها امومية الولد باقراره ثم لا يصح دعوة
البائع بعده لانه قد استغنى عن النسب بثبوته من المشتري ولان النسب
لا يحتمل الابطال فيبطل به حق استحقاق النسب للبائع ضرورة قال
وكذا اذا ماتت الام بخلاف موت الولد يعني اذا ماتت الام فادعى البائع الولد
وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر ثبت نسبه منه مثل الاول بخلاف ما اذا مات
الولد ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت نسبه منه والفرق ان الولد هو الاصل
في الباب والام تبع له فيه الا ترى انها تضاف اليه فيثبت نسبه اولا فيعتق
فيتبعه امه فيثبت لها حق الحرية بسببه بقوله عليه السلام اعتقها ولدها
وقال عليه السلام من وطئ امته فولدت له فهي معتقة عن دبر منه رواهما ابن
ماجه ولان المقصود من الدعوى الولد دون الام وهي تدخل تبعا فكان
الثابت له اقوى والادنى يتبع الاقوى فاذا كان الولد هو الاصل كان
المعتبر بقاءه لحاجته الى ثبوت النسب ولا يضره فوات التبع بخلاف العكس
وهو ما اذا مات الولد دون الام حيث لا يصح دعوته في الام لان الحكم لا يثبت
في التبع ابتداء بدون متبوعه والولد قد استغنى عن النسب بالموت فتعذر
اثباته بعد موته ولم يتعذر بعد موتها فيثبت نسبه ويرد الثمن كله عند
ابي حنيفة لانه تبين انه باع ام ولده وبيعها باطل ولا يضمنها المشتري
لان ماليتها غير متقومة عنده كالحرة ولهذا لا تضمن بالغصب عنده وعندهما
ترد حصة الولد ولا ترد حصة الام لان ماليتها متقومة عندهما فتضمن بالعقد
والغصب فكانت مضمونة على المشتري فاذا رد الولد دونها يجب على البائع
رد حصة ما سلم له وهو الولد لانه لا يجتمع البدل والمبدل في ملكه ولا يجب
عليه رد حصة ما لم يسلم له وهي الام هكذا ذكروا الحكم على قولهما وكان ينبغي
ان يرد البائع جميع الثمن عندهما ايضا ثم ترجع بقيمة الام لانه لما ثبت نسب
الولد منه تبين انه باع ام ولده وبيع ام الولد غير صحيح بالاجماع فلا يجب
فيه الثمن ولا يكون لاجزاء المبيع منه حصة بل يجب على كل واحد من المتعاقدين
رد ما قبضه ان كان باقيا والا ضمنه قال وعتقهما كموتهما اي اعتاق
المشتري الام والولد كموتهما حتى لو اعتق المشتري الام دون الولد فادعاه

البائع الولد انه ابنه صحت دعوته وثبت نسبه منه ولو اعتق الولد دون الام
لا يصح دعوته لما ذكرنا ان الولد هو الاصل فيعتبر قيام المانع به حتى يمتنع
الدعوى دون الام كما في فصل الموت وانما كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل
النقض بعد ثبوته كالنسب فصار اعتاقه كدعوته انه ابنه ولان الاعتاق
يثبت اولا وهو كالنسب فلا يمكن ابطاله كما لا يمكن ابطال نسبه بعدما
ادعاه المشتري ولان للبائع حقا وهو حق دعوة النسب والاستيلاد
وما ثبت للمشتري حقيقة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير كالاعتاق
لانه لا يحتمل النقض لما ظهر فيه بعض اثار الحرية وهو امتناع التمليك فصار
كالاستيلاد ثم ان قام هنا المانع بالولد امتنعت دعوة البائع لما بينا وان
قام بالام لا يمتنع فيثبت نسبه من البائع ولا تصير امه ام ولد له لان العتق
فيها لا يمكن نقضه ولا يقال ينبغي ان يبطل اعتاق المشتري لان نسب الولد
يثبت مستندا الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فلم يملكها المشتري
فيبطل البيع كما لو ولدت المبيعة ولدين في بطن واحد فاعتق المشتري احدهما
ثم ادعى الاخر انه ابنه ثبت نسبهما منه وبطل عتق المشتري لانه لم يملكه ضرورة
انهما خلقا من ماء واحد ولهذا يبطل سائر تصرفاته مثل البيع والهبة فكذا
العتق وتوابعه لانا نقول ثبوت الامومية ليس من احكام ثبوت النسب
ولا من ضروراته الا ترى ان النسب يثبت في ولد المغرور وفي ولد الامة
المنكوحة ولا تصير امه ام ولد له بخلاف التوأمين لانهما خلقا من ماء واحد
فاثبات احدهما من الاحكام يثبت للاخر ضرورة ثم اذا لم يبطل عتق المشتري
في الام قيل البائع يرد من الثمن ما يخص الولد خاصة ولا يرد ما يخص الجارية
بالاجماع هنا وذكر الفرق لابي حنيفة في المبسوط بين هذا وبين ما اذا ماتت
الام فان البائع فيها يرد جميع الثمن عنده وهنا يرد ما يخص الولد فقط والفرق
ان في الاعتاق القاضي كذب البائع فيما زعم انها ام ولده حيث جعلها معتقة
المشتري ولم يفسخ البيع بينهما فبقي البيع صحيحا فيجب عليه ثمنها بخلاف
فصل الموت فان زعم البائع فيه لم يبطل بشيء فبقي معتبرا في حقه اذ لم يكن مكذبا
شرعا فيرد جميع الثمن وفي الاعتاق يرد حصة الولد ثم جعل هنا كمولود بعد القبض
حصة من الثمن كالمولود قبله لكون البائع بسبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة
فصار كالحادث قبل القبض في المعنى وفي الحادث قبل القبض له حصة من الثمن
اذا استهلكه البائع وقد استهلكه هنا بالدعوة او لكونه مستخرجا من العقد
ومن المشايخ رحمهم الله من قال يرد البائع جميع الثمن هنا عند ابي حنيفة
رحمه الله كما في فصل الموت لان ام الولد لا قيمة لها عنده ولا تضمن بالعقد

ثم اخذ بزعمه واليه مال صاحب الهداية وصححه وهو يخالف الرواية وكيف
يقال يسترد جميع الثمن والبيع لم يبطل في الجارية حيث لم يبطل اعتاقه
بل يرد حصة الولد فقط بان يقسم الثمن على قيمتهما تعتبر قيمة الام يوم القبض
لانها دخلت في ضمانه بالقبض وقيمة الولد يوم الولادة لانه صار له القيمة بالولادة
فتعتبر قيمته عند ذلك قال وان ولدت لاكثر من سنتين لم تصح دعوة
البائع الا ان يصدقه المشتري هذا الكلام يشتمل وجهين احدهما ان تلد
لاكثر من سنتين من وقت البيع فحكمه انه لا يصح دعواه لعدم العلوق في ملكه
بيقين وهو المصحح الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد
بالنكاح لتيقننا ان العلوق لم يكن في ملكه ولا يبطل البيع ولا يعتق الولد
ولا تصير الامة ام ولد له لان العلوق حادث بعد البيع ولا يستند الى ما قبل
البيع حتى يبطل وكانت هذه الدعوى دعوة تحرير فلا تنفذ الا في الملك اذ لا
تقدر غير المالك على التحرير والثاني ان تلد لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع
ولاقل من سنتين منه فحكمه دعوة البائع لا تقبل فيه ايضا لاحتمال العلوق بعد
البيع فلم يوجد المصحح فيه بيقين فلم يصح الا ان يصدقه المشتري فحينئذ
يثبت نسبه لتصادقهما فيه وتصير الامة ام ولد له تبعا للولد ويبطل البيع
لاستناد العلوق الى ما قبل البيع لامكانه فتبين انه باع ام ولده فيبطل
وهذا لان هذه الدعوى دعوة استيلاد فيستند ثم اعلم ان الدعوة هنا
على ثلاثة اوجه دعوة استيلاد ودعوة تحرير ودعوة شبهة كالاب يدعي
جارية ابنه وحكم كل قسم وشرطه مذكور في موضعه وصورة كل قسم من هذه الاقسام
تنقسم الى ثلاثة اما ان تلد لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من
سنتين او لما بينهما وقد ذكرنا حكم كل بحمد الله تعالى فاحفظه قال ومن
ادعى نسب احد التوأمين ثبت نسبهما منه لما بينا وانما يعرف انهما توأمان اذا
كان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر وان كان بينهما ستة اشهر فصاعدا فليسا
بتوأمين لان اقل مدة الحمل ستة اشهر فاذا اتت بولد ثم جاءت بولد آخر لاقل من
ستة اشهر يعلم بالضرورة انهما من ماء واحد اذ لا يكون علوق الثاني بعد
الولادة لما ذكرنا ولا يكون علوقه وهي حبلى بالاول لان فم الرحم مسدود لا
ينفتح الا بخروج الولد قال وان باع احدهما واعتقه المشتري
بطل عتق المشتري معناه اذا باع احد التوأمين فاعتقه المشتري ثم ادعى
البائع الذي لم يبعه انه ابنه ثبت نسبهما منه وبطل عتق المشتري فيه لان
دعوة البائع صحت في الذي لم يبعه لمصادفة العلوق والدعوى ملكه فيه
فيثبت نسبه ومن ضرورته ثبوت نسب الآخر لانهما من ماء واحد فيلزم منه بطلان

عتق

عتق المشتري لكونهما حري الاصل اذ يستحيل ان يكون احدهما حر الاصل والآخر
رقيقا وهما من ماء واحد فيكون نقضا للعتق بامر فوقه وهي الحرية الثابتة
باصل الخلقة بخلاف ما اذا كان الولد واحدا حيث لا يبطل فيه اعتاق
المشتري بدعوى البائع نسبه لان العتق فيه لو بطل لبطل مقصودا لاجل
حق الدعوة للبائع وانه لا يجوز على ما بينا وجهه وهنا تثبت الحرية في الذي
لم يبعه ثم تتعدى الى الآخر ضمنا وتبعا وكم من شيء يثبت ضمنا وان لم يثبت
مقصودا هذا اذا كان اصل العلوق في ملكه واما اذا لم يكن العلوق في
ملكه بان اشتراهما بعد الولادة او اشترى امهما وهي حبلى بهما او باعها فجاءت
بهما لاكثر من سنتين ثبت نسبهما ايضا لانهما لا يفترقان فيه لما ذكرنا لكن
لا يعتق الذي ليس في ملكه وان كان المشتري قد اعتقه لا يبطل عتقه لان
هذه الدعوة دعوة تحرير لعدم العلوق في الملك فلا يملكه الا من يملكه
فلهذا اشترط لنزول العتق عليه ان يكون في ملكه بخلاف المسألة الاولى وهي
ما اذا كان العلوق في ملكه حيث يعتقان جميعا لانها دعوة استيلاد فيستند
ومن ضرورته عتقهما بطريق انهما حرا الاصل فتبين انه باع حرا قال
صبي عند رجل فقال هو ابن فلان ثم قال هو ابني لم يكن ابنه وان جحد ان
يكون ابنه معناه اذا كان صبي عند رجل فقال الرجل الذي عنده الصبي
هذا الصبي ابن فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد فلان
الغائب ان يكون الصبي ابنه ولا يشترط لهذا الحكم ان يكون الصبي في يده
واشتراطه في الكتاب وقع اتفاقا وانما لا تصح دعوته بعد ذلك لانه اقر
بثبوت نسبه من الغير وذلك يمنع ثبوت نسبه منه بدعوته لان اقراره
حجة في حق نفسه وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا تصح دعوة المقر
بعد جحود المقر له ان يكون ابنه لان اقراره بطل بجحود المقر له فصار كان لم
يقر ولهذا يعتق عليه بدعوته لو كان عبدا له وهذا لان الاقرار بالنسب
مما يرتد بالرد اذ الاقرار بما لا يحتمل النقض ملحق بالاقرار بما يحتمل النقض
ولهذا يؤثر فيه الهزل والاكراه حتى لا يصح معهما وان كانا لا يؤثران فيما لا يحتمل
النقض فصار كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق العبد المبيع قبل البيع
وكذبه البائع ثم قال المشتري انا اعتقته فان الولاء يتحول اليه فكذا هذا
ولان اقراره له بالنسب نفي للنسب عن نفسه او انكار لوجوب الحق عليه وذلك
لا يمنع الاقرار به بعده بان قال ليس بابني ثم قال هو ابني فكذا هذا ولهذا
يصح اكذاب الملاعن نفسه بعد نفي النسب بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي
نسبا ثابتا من غيره وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق

المقر له على اعتبار تصديقه كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غير الملاعن لتعلق حقه به بتكذيب نفسه من غير الملاعن وله اي لابي حنيفة رحمه الله ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فيبقى في حق نفسه لان اقراره حجة في حق نفسه كمن اقر بحرية عبد الغير فكذبه المولى فانه يبقى في حق المقر ولا يرتد اقراره حتى لو ملكه يوما عتق عليه لاقراره بذلك وكمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه الشاهد لنفسه فان دعواه لا تقبل للاقرار به للغير وهذا لانه تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب ثبت نسبه منه وكذا لو تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له نصا وكدعواه قبل الرد لان موجب اقراره شيئان ثبوت النسب من الغير وابطال حق نفسه في الدعوة واذا ارتد الاول لعدم ولايته عليه فلا يرتد الثاني لان اقراره حجة عليه وله ولاية عليه ولا يلزم مسئلة الولاء فانها على الخلاف ذكره في كتاب الولاء ولئن سلم فالنسب الزم من الولاء فانه يقبل التحول عن جانب الام الى جانب الاب عند اعتاق الاب وكذا لو ارتدت معتقة والعياذ بالله ولحقت بدار الحرب وسبيت واعتقها المولى الثاني كان الولاء له والنسب لا يقبله كما مر في ولد الملاعنة فلا يصح القياس عليه وانما يعتق عليه اذا ادعاه لاقراره به كما اذا قال لعبد ثابت نسبه من غيره هو ابني وهذا يصلح حيلة فيمن يبيع عبدا اصل علوقه عنده ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك من البائع فيبطل دعواه بنسبه لغيره مطلقا عنده وعندهما يشترط ان لا يرد المقر له النسب بان سكت او يقر له لميت او لغائب لا يعرف **قال** ولو كان في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو حر وابن النصراني اي لو كان الصبي في ايديهما فادعى النصراني انه ابنه والمسلم انه عبده وادعياه معا كان حرا وابن النصراني لانه ينال بذلك شرف الحرية في الحال والاسلام في المآل اذ دلائل الوحدانية ظاهرة فكان فيه الجمع بين المصلحتين وفي عكسه فوات شرف الحرية اذ لا قدرة له على اكتسابها فكان الجمع بينهما اولى ولا يقال ينبغي ان يكون عبدا للمسلم لان الاسلام مرجح لانا نقول الترجيح يكون عند التعارض وهو الاستواء ولا تعارض هنا لان النظر له فيما قلنا اوفر فانتفى الاستواء بخلاف ما اذا ادعى كل واحد منهما انه ابنه حيث يكون المسلم فيه اولى للاستواء بينهما في دعوة البنوة فيرجح المسلم بالاسلام وهو اوفر للصبي لحصول الاسلام له في الحال تبعا لابيه **قال** وان كان صبي في يد زوجين فزعم انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنهما لان كل واحد منهما اقر للولد بالنسب وادعى ما يبطل حق صاحبه فصح اقرارهما

له ولا يبطل حق صاحبه بمجرد قوله ولا يترجح احدهما على الآخر لاستواء ايديهما فيه وقيام ايديهما عليه وقيام الفراش بينهما دليل ظاهر على انه منهما كثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما لصاحبه هذا الثوب لي ولفلان آخر غيرك وليس لك انت فيه شيء كان الثوب بينهما ولا يصدق كل واحد منهما في ابطال حق صاحبه فيه الا ان المقر له يشارك المقر في نصيبه لان المحل يحتمل الشركة وفي النسب لا يشارك لانه لا يحتملها هذا اذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه وان كان يعبر عن نفسه فالقول له ايهما صدق ثبت نسبه منه **قال** ولدت مشتراة فاستحقت غرم الاب قيمة الولد وهو حر يعني لو اشترى امة فولدت منه ثم استحقها مستحق ضمن المشتري قيمة الولد والولد حر وكذا اذا ملكها بسبب آخر غير الشراء اي سبب كان وكذا اذا تزوجها على انها حرة فولدت له ثم استحقت روي ذلك عن عمر رضي الله عنه في النكاح وعن علي رضي الله عنه في الشراء بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا ولان النظر من الجانبين واجب اذ المغرور معذور لانه بنى الامر على سبب صحيح شرعا والامة ملك المستحق والولد جزؤها فاستوجب الآخر النظر فوجب الجمع بينهما ما امكن مراعاة لحقيهما وذلك بان يجعل الولد حر الاصل في حق الاب ورقيقا في حق المستحق لان استحقاق الاصل سبب لاستحقاق الجزء فيضمن الاب قيمته يوم الخصومة لانه يوم المنع او التحول من العين الى القيمة لانه لما علق رقيقا في حق المولى كان حقه في عين الولد وانما يتحول الى القيمة لانه لما علق رقيقا بالقضاء فيعتبر قيمته يوم التحول و وقته وتجب هذه القيمة على الاب دون الولد حتى اذا كان الاب ميتا يؤخذ من تركته لان المانع من الدفع ثبوت النسب وهو من الاب دونه ولا ولاء للمستحق عليه لانه علق حر الاصل وانما قدرناه بالرق ضرورة القضاء بالقيمة فلا يعدوا موضعها وهذا الغرور اذا كان في ملك اليمين ظاهر واما ان كان في النكاح فان القاضي يقضي بها وبولدها للمستحق عند اقامة المستحق البينة انها له لانه ظهر انها للمستحق وفرعها يتبعها الا اذا اثبت الزوج انه مغرور بان يقيم البينة انه تزوجها على انها حرة فيثبت به حرية الاصل للاولاد **قال** فان مات الولد لم يضمن الاب قيمته وان ترك مالا وان قتل الولد غرم الاب قيمته يعني لو مات الولد قبل الخصومة لا يجب على الاب شيء لان الولد لو كان مملوكا للمستحق حقيقة لم يكن مضمونا عليه فان ولد المغصوب امانة عندنا على ما عرف في موضعه فاولى ان لا يكون مضمونا عليه مع عدم الملك حقيقة وكذا لو ترك مالا لان الاب ليس ببدل عنه فلا يقوم مقامه فلم

يجعل سلامة الارث كسلامة نفسه بخلاف ما اذا قتله قاتل وقبض الاب ديته
قدر قيمته حيث يجب عليه ضمان قدر قيمته لان سلامة بدله كسلامته
ومنع بدله كمنعه وان لم يقبض شيئا لا يجب عليه لان المنع لا يتحقق فيما لا يصل
اليه وان قبض اقل من قيمته وجب عليه بقدره اعتبارا للبعض بالكل وبخلاف
ما اذا قتله الاب لان المنع يتحقق بقتله كما في ولد المغصوب اذا اتلفه
الغاصب قال ويرجع بالثمن وقيمته على بائعه لا بالعقر اي يرجع المشتري
بثمن الجارية وبقيمة الولد على بائعه ولا يرجع بما لزمه من العقر بوطئها لان
البائع صار كفيلا لما شرط عليه من البدل لان البيع مبني على مساواة البدلين
في حكم الضمان فلما كان الثمن من جانب المشتري سالما للبائع وجب ان يكون
المبيع سالما للمشتري وذلك بان يجعل البائع من جانب المشتري سالما
للبائع كفيلا بسبب تملك البدل فصار كانه قال للمشتري ان الحكم قد ثبت
لك فان ضمنك احد بدعوى باطل فانا ضامن لك بما ضمنك ولان البائع
التزم سلامتها عن العيب اذ المعاوضة تقتضي ذلك ولا عيب فوق
الاستحقاق فيرجع عليه وكذا اذا هلكت عند المشتري فضمنه المستحق
قيمتها وقيمة الاولاد يرجع المشتري على البائع بالثمن وبما ضمنه من قيمة
الاولاد لما بينا ولا يرجع عليه بقيمة الجارية لانه اخذ قيمتها منه كما اخذ
عينها وفيه لا يرجع الا بالثمن فكذا هذا وكذا اذا زوجه رجل على انها حرة
ثم استحقت يرجع الاب على المزوج بقيمة الولد لان الاستيلاد مبني على التزوج
وشرط الحرية صار بمنزلة الوصف اللازم لهذا التزوج فيكون الاستيلاد
مبنيا على التزويج وشرط الحرية فكان الشارط صاحب علة فنزل كالقائل
انا كفيل بما لحقك بسبب هذا العقد او يقال لما لزمه من الضمان انما لزمه
بالاستيلاد والاستيلاد حكم التزوج لانه موضوع له فكان المزوج صاحب
علة فيضاف الحكم اليه بخلاف ما اذا اخبره رجل انها حرة او اخبرته هي
وتزوجها من غير شرط الحرية حيث يكون الولد رقيقا ولا يرجع على المخبر
بشيء لان الاخبار سبب محض لان العقد حصل باختيار الرجل والمراة وانما
ياخذ حكم العلة بالغرور وذلك باحد امرين بالشرط او بالمعاوضة ولا يرجع
بما لزمه من العقر على البائع وعند الشافعي رحمه الله يرجع لانه ضمان لزمه
لفوت السلامة قلنا العقر عوض عن ما استوفى من منافع البضع فلو رجع به
سلم له المستوفى مجانا والوطء في ملك الغير لا يجوز ان يسلم اليه مجانا ولا يرجع
على الواهب والمتصدق والموصي بشيء من قيمة الاولاد وعند الشافعي رحمه
الله يرجع لان الغرور قد تحقق لانه بايجابه له الملك فيها واخباره انها

مملوكة

مملوكة قلنا مجرد الغرور لا يكفي للرجوع فان من اخبر انسانا ان هذا الطريق
امن فسلكها فاخذ اللصوص ماله لم يرجع على المخبر بشيء بخلاف البيع فانه عقد
معاوضة توجب السلامة او الضمان على ما بيناه وهذا تبرع وهو محسن وما
على المحسنين من سبيل وبخلاف التزوج لانه موضوع للاستيلاد وطلب النسل
قال صلى الله عليه وسلم تناكحوا تناسلوا الحديث فاذا لم يسلم له ما هو المقصود
به يرجع بذلك على من غره والمقصود بموضوع الهبة اظهار الجود والسماحة
وثبوت الملك وهو المقصود يتحقق بدون الاستيلاد قال ولو باعها المشتري
من اخر فاستولدها الثاني ثم استحقت رجع المشتري الثاني على البائع
الثاني بالثمن وبقيمة الولد ورجع المشتري الاول على البائع الاول بالثمن
ولا يرجع عليه بقيمة الولد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرجع عليه بقيمة
الولد ايضا لان البائع الاول ضمن للثاني سلامة الولد في ضمن البيع
ولم يسلم له حيث اخذ منه قيمة الولد فيرجع به عليه كما في الثمن والرد بالعيب
ولابي حنيفة ان البائع الاول ضمن للمشتري سلامة اولاده دون سلامة
اولاد المشتري منه لان ضمان السلامة انما يثبت للبيع والبيع الثاني لا
يضاف اليه وانما يضاف الى البائع الثاني لمباشرته باختياره فينقطع
به نسبة الاول بخلاف الثمن لان البائع الاول ضمن للبائع الثاني سلامة
المبيع ولم يسلم له فلا يسلم لبائعه الثمن وبخلاف الرد بالعيب لان المشتري
الاول استحقه سليما فلم يوجد هكذا ذكره صاحب الكتاب والله تعالى اعلم

كتاب الاقرار

وهو في اللغة الاثبات يقال قر الشيء اذا ثبت واقره غيره اذا اثبته قال
وفي الشرع عبارة عن الاخبار بما عليه من الحقوق وهو ضد الجحود وشرط
صحته ان يكون المقر بالغا عاقلا طائعا وكونه حرا ليس بشرط حتى يصح اقرار
العبد وينفذ في الحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص وفيما فيه تهمة
فيه لا يؤاخذ به في الحال لانه اقرار على الغير وهو المولى ويؤاخذ به
بعد العتق لزوال المانع وهو نظير ما اذا اقر الحر لانسان بعين مملوكة
لغيره لا ينفذ للحال واذا ملكها يوما يؤمر بتسليمها الى المقر له لزوال
المانع وهذا لان الاقرار اخبار وليس بانشاء والاخبار في ملك الغير صحيح
فينفذ في حق نفسه بخلاف الانشاء ولهذا لو اقر بالطلاق والعتاق مكرها
لا يصح ولو كان انشاء لصح قال وهو اخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه
هذا في الشريعة وقد بيناه وقيده بان يكون على نفسه لانه لو كان على غيره
لغيره يكون شهادة ولنفسه يكون دعوى قال اذا اقر حر مكلف صح

ولو بمجهول لا بشيء وحق لأن الإقرار حجة شرعية ثبتت حجيته بالكتاب والسنة وإجماع
الأمة والمعقول أما الكتاب فقوله تعالى وليملل الذي عليه الحق أمره بالإملاء
فلو لم يقبل إقراره لما كان للإملاء معنى وقد نهاه الله تعالى أيضا عن كتمان
الحق بقوله تعالى وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا فصار ناظرا أمره بأدا
الشهادة ونهيه عن كتمانها وقوله تعالى بل الإنسان على نفسه بصيرة
أي شاهدة قاله ابن عباس رضي الله عنهما وقوله تعالى كونوا قوامين بالقسط
شهداء لله ولو على أنفسكم والمراد به الإقرار وأما السنة فما روي أنه صلى الله
عليه وسلم رجم ماعزا والغامدية بإقرارهما فإذا أوجب الحد بإقراره على نفسه
فالمال أولى أن يجب وأما الإجماع فلأن الأمة أجمعت على أن الإقرار حجة في حق
نفسه حتى أوجبوا عليه الحدود والقصاص بإقراره وإن لم يكن حجة في حق
غيره لعدم ولايته عليه فالمال أولى وأما المعقول فلأن العاقل لا يقر على
نفسه كاذبا بما فيه ضرر على نفسه أو ماله فترجحت جهة الصدق في حق نفسه
لعدم التهمة وكمال الولاية بخلاف إقراره في حق غيره حتى لو أقر مجهول النسب
بالرق جاز ذلك على نفسه وماله ولا يصدق على أولاده وأمهاتهم ومدبريه
ومكاتبيه بخلاف ما إذا كان ثبت ذلك بالبينة لأن البينة إنما تصير حجة
بالقضاء وللقاضي ولاية عامة فينفذ في حق الكل أما الإقرار فحجة بنفسه
ولا يحتاج فيه إلى القضاء فينفذ عليه وحده لما ذكرنا إلا إذا رده المقر له
فيرتد برده ولو صدقه ثم رده لا يصح رده ولكن إذا كان يعلم أنه كاذب في إقراره
لا يحل له أخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى إلا إذا سلمه إليه بطيب
من نفسه حينئذ فيكون هبة مبتدأة منه وشرط الحرية ليصح إقراره مطلقا
لأن العبد المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال إلا ما بعد العتق وكذا المأذون
له لا يصح إقراره بمال ليس من باب التجارة كإقراره بالمهر بوطء امرأة تزوجها
بغير إذن مولاه وكذا إذا أقر بجناية موجبة للمال لا يلزمه لأن الإذن لم
يتناول إلا التجارة فلم يكن مسلطا عليه بخلاف ما إذا أقر بالحدود
والقصاص لأن العبد مبقى على أصل الحرية في حقهما ألا ترى أن إقرار المولى
لا يصح عليه فيه وشرط التكليف لأن إقرار الصبي والمعتوه والمجنون لا
يصح لانعدام أهلية الالتزام إلا إذا كان الصبي والمعتوه مأذونا له فيصح
إقراره بالمال لكونه من ضرورات التجارة لأنه لو لم يصح إقراره لا يعامله
أحد فلا يحصل ثمرته فدخل في الإذن كل ما كان طريقه التجارة كالديون
والودائع والعواري والمضاربات والغصوب فيصح إقراره فيها لالتحاقه
في حقها بالبالغ العاقل لأن الإذن يدل على عقله بخلاف ما ليس من باب

التجارة

التجارة كالمهر والجناية والكفالة حيث لا يصح إقراره بها لأن التجارة مبادلة
المال بالمال والمهر مبادلة بغير مال والجناية ليست بمبادلة والكفالة تبرع
ابتداء فلا يدخل تحت الإذن والنائم والمغمى عليه كالمجنون لعدم التمييز
وإقرار السكران جائز مطلقا إذا كان سكره بطريق محظور لأنه لا ينافي الخطاب
إلا إذا أقر بما يحتمل الرجوع كالحدود الخالصة حقا لله تعالى لأن السكران
لا يكاد يثبت على شيء فأقيم السكر مقامه فيما يحتمل الرجوع فلا يلزمه شيء
وإن سكر بطريق مباح كالشرب مكرها لا يلزمه شيء وكذا إذا شرب المتخذ من الحبوب
أو العسل عندهما خلافا لمحمد رحمه الله وقوله ولو بمجهول لا بشيء وحق أي ولو
كان المقر به مجهولا بأن قال علي شيء أو حق يلزمه لأن الحق قد يلزمه مجهولا
بأن يتلف مالا أو يجرح جراحة أو بقي عليه باقية حساب لا يعرف قيمته
ولا أرشها ولا قدرها وهو محتاج إليه لإبراء ذمته بالإيفاء أو التراضي فلا
يمنع صحة الإقرار بخلاف الشهادة لأنها لا تجوز إلا بالعلم قال الله تعالى إلا
من شهد بالحق وهم يعلمون وقال صلى الله عليه وسلم إذا علمت مثل الشمس
فاشهد وإلا فدع ولأن الشهادة لا توجب إلا بقضاء القاضي ولا يمكنه
القضاء بالمجهول فيبطل إذ لا حاجة للشهود دون العلم لأنها غير واجبة
عليهم وبخلاف الجهالة في المقر له حيث تفاحشت الجهالة بأن قال علي
ألف درهم لواحد من الناس أو لم تتفاحش بأن قال علي لأحد هذين
لأن المجهول لا يصلح مستحقا إذ لا يمكن جبره على البيان من غير تعيين المدعي

فلا يفيد فائدته هكذا ذكره شمس الأئمة رحمه الله وذكر شيخ الإسلام
في مبسوطه والناطفي رحمه الله في واقعاته أنها إذا تفاحشت لا يجوز
وإن لم تتفاحش جاز لأن صاحب الحق لا يعدو ما ذكره وفي مثله يؤمر بالتذكر
لأن المقر قد نسي صاحب الحق ولا يجبر على البيان لأنه قد يؤدي إلى إبطال
الحق عن المستحق والقاضي نصب لإيصال الحق إلى مستحقه لا لإبطاله
وصار نظير ما إذا أعتق أحد عبديه ثم نسيه بخلاف جهالة المقر به لأن
الإجبار على البيان لا يؤدي إلى إبطال حقه وبخلاف إعتاق أحد العبدين
لأن العتق لم ينزل في المحل فلا يؤدي الإجبار إلى إبطال حقه ولأن المقر
لهما إذا اتفقا على الأخذ من المقر واصطلحا بينهما أمكن دعواهما فيصح
إقراره وقال في الكافي وهو الأصح ولو كان المقر عليه مجهولا بأن قال
لك على أحدنا ألف درهم لا يصح لأن المقضي عليه مجهول ذكره في النهاية
ويجبر على بيانه لأنه لزمه الخروج عما وجب عليه بالإقرار وهذا
لأن كثيرا من الأسباب تتحقق مع الجهالة كالغصب والوديعة لأن الإنسان

يغصب ما يصادف ويودع ما يجد من غير تحرٍّ في قدره وجنسه ووصفه ٠
فيحمل عليه ما لم يفسر السبب فيصح حتى لو فسر بالبيع او الاجارة لا يصح
اقراره لان هذه العقود لا تصح مع الجهالة فلا يجبر على البيان والاصل
فيه انه متى اقر بمجهول واطلق ولم يبين السبب يصح ويحمل على انه وجب عليه
بسبب يصح مع الجهالة كالغصب ونحوه وان بين السبب ينظر فان كان سببا
لا تضره الجهالة فكذلك وان كان سببا تضره الجهالة كالبيع والاجارة
لا يصح ولا يجبر الا ترى ان القاضي لو راى انسانا يبيع شيئا غير معين او
يشتري شيئا من غير تقدير ثمن لا يجبره على البيان فكذا اذا اقر به ولو رآه
يغصب شيئا لا يعرف قدره او يودعه يأمره بالتسليم الى صاحبه فكذا اذا
اقر به قال ويبين ما له قيمة لانه اخبر عن الواجب في ذمته وما لا
قيمة له لا يجب فيها فاذا بينه فيه يكون رجوعا فلا يقبل وذلك مثل حبة
حنطة او قطرة ماء او ما اشبه ذلك لان مثله لا يجب في الذمة عادة ولا يجري
فيه التمانع ولو بين في الصبي الحر او الزوجة لا يصح وقيل يصح والاول
اصح وعلى هذا الخلاف لو بينه بجلد الميتة وكذا لو اقر بغصب شيء لا يمنع
منه الا اذا بين ما له قيمة لان لفظ الغصب يدل على انه يجري فيه التمانع
وهو المتقوم ولو قال له علي حق اردت به حق الاسلام لا يصدق
لانه لا يراد به ذلك عرفا وعليه التعويل قال والقول للمقر مع يمينه
ان ادعى المقر له اكثر منه لانه المنكر قال وفي مال لم يصدق في اقل
من درهم يعني اذا قال لفلان علي مال لم يصدق في اقل من درهم لان ما دونه
من الكسور لا يطلق عليه اسم المال عادة وهو المعتبر قال ومال
عظيم نصاب لانه اقر بمال موصوف بالعظم فيعتبر هذا الوصف والنصاب
عظيم في الشرع حتى اعتبر صاحبه غنيا واوجب عليه مواساة الفقراء وكذا
عرفا حتى يعد من الاغنياء عادة وعن ابي حنيفة انه لا يصدق في اقل من
عشرة دراهم لانه نصاب السرقة والمهر وهو عظيم حيث يقطع به اليد
المحترمة ويستباح به البضع المحترم وعنه مثل جواب الكتاب وهو قولهما
ثم يعتبر ان يبلغ نصابا يؤخذ من جنسه الزكاة من المال الذي بينه فيه
حتى اذا بينه في الابل لا يصدق في اقل من خمس وعشرين لان ما دون ذلك
قليل حيث لا يجب فيه الزكاة من جنسه والاصح انه على قوله يبنى على حال
المقر في الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم واضعافه في ذلك
عند الغني ليس بعظيم وهو في الشرع متعارض فان المائتين في الزكاة عظيم
وفي السرقة والمهر العشرة عظيمة فيرجع الى حاله ذكره في النهاية وحواشي

الهداية معزيا الى المبسوط قال واموال عظام ثلاثة نصب يعني
من اي مال فسره به لان اقل الجمع ثلاثة فلا يصدق في اقل منه للتفسير به
وان فسره بغير مال الزكاة يعتبر ان تبلغ قيمته قدر ثلاثة نصب وكذا يعتبر
الادنى في ذلك للتفسير به قال وينبغي على قياس ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله
ان يعتبر فيه حال المقر كما ذكرنا قال ودراهم كثيرة عشرة وهذا عند
ابي حنيفة وقالا رحمهما الله لا يصدق في اقل من مائتين لان صاحب النصاب مكثر ٠
ولهذا اوجب عليه مواساة غيره وله ان العشرة اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وكان
هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه وعلى هذا الخلاف اذا قال علي دنانير كثيرة
عندهما ينصرف الى النصاب وعنده الى العشرة وعلى هذا اذا قال علي ثياب
كثيرة او وصائف كثيرة فعنده عشرة وعندهما يلزمه ما يساوي مائتي درهم
وان قال غصبت ابلا كثيرة او بقرا كثيرة او غنما كثيرة او حنطة كثيرة ينصرف الى
اقل نصاب يؤخذ منه ما هو من جنسه عندهما وهو خمسة وعشرون من الابل والثلاثون
من البقر والاربعون من الغنم وخمسة اوسق من الحنطة وعنده يرجع الى البيان
المقر ولو قال علي مال نفيس او كريم او خطير او جليل قال الناطفي رحمه الله
اخذه منصوصا عليه وكان الجرجاني رحمه الله يقول يلزمه مائتان



ودراهم ثلاثة يعني اذا قال علي دراهم يلزمه ثلاثة دراهم لانه اقل الجمع
الصحيح فصار متيقنا به والزائد على ذلك مشكوك فيه وروى ابن سماعة
عن ابي يوسف رحمهما الله انه اذا قال له علي دراهم مضاعفة فعليه ستة دراهم
لان ادنى الجمع ثلاثة وضعفها ستة ولو قال دراهم اضعافا مضاعفة
يلزمه ثمانية عشر درهما لان اضعافا لفظ جمع واقله ثلاثة فتصير تسعة
ثم بالمضاعفة تصير ثمانية عشر وكذا اذا عكس بان قال علي دراهم مضاعفة
اضعافا لانها بالمضاعفة تصير الثلاثة ستة ثم بالاضعاف وهو جمع تصير
ثمانية عشر قال ولو قال كذا درهما درهم لانه تفسير للمبهم وذكر في
التتمة والذخيرة وغيرهما يلزمه درهمان لان كذا كناية عن العدد واقل
العدد اثنان اذ الواحد لا يعد حتى يكون معه شيء آخر وفي شرح المختار قيل
يلزمه عشرون وهو القياس لان كذا يذكر للعدد عرفا واقل عدد غير مركب
يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون قال ولو ذكره بالخفض روي عن محمد رحمه الله
انه يلزمه مائة لانه اقل عدد يذكر بعده الدرهم بالخفض ولو قال علي درهم
عظيم يلزمه درهم واحد لان الدرهم معلوم القدر في نفسه فلا يزداد قدره
بقوله عظيم لانه وصف له ولو قال علي دريهم فعليه درهم تام لان التصغير
قد يذكر على طريق الاستقلال فلا ينقص عن الموزون والمعتبر هو الوزن المعتاد

في كل زمان ومكان وكذا في الدنانير لان التعامل يجري على المعتاد عادة فلا
يعرض عنه الا بحجة **قال** كذا كذا احد عشر وكذا وكذا احد وعشرون ولو
ثلث بالواو يزاد مائة ولو ربع زيد الف لان هذه الكلمات مبهمة فيجب حملها
على نظيرها من المفسر فاقل عددين يذكران من غير حرف عطف بينهما احد عشر
واكثره تسعة عشر وبحرف عطف بينهما احد وعشرون واكثره تسعة وتسعون
وثلاثة اعداد بحرف عطف مائة واحد وعشرون واربعة اعداد بثلاثة حروف
الف ومائة واحد وعشرون ولو ثلث بلا واو يجب احد عشر لانه لا نظير له فلا
يزاد على الاول قال ولو خمس بالواو ينبغي ان يزاد عشرة الاف ولو سدس يزاد مائة
الف ولو سبع يزاد الف الف وعلى هذا كلما زاد عددا معطوفا بالواو زيد
عليه ما جرت العادة به الى ما لا يتناهى ولو قال كذا كذا درهما ودينارا
فعليه احد عشر منهما بالتسوية لانه ذكر عددا مبهما واشرك فيه جنسين فيلزمه
النصف من كل واحد منهما بخلاف ما اذا قال كذا كذا درهما وكذا كذا دينارا
حيث يلزمه من كل واحد منهما احد عشر لانه اضاف كل واحد من العددين الى كل
واحد من المالين وعلى هذا في المفسر فانه اذا قال علي احد عشر درهما ودينارا
لزمه من كل واحد منهما النصف ولو قال علي احد عشر درهما واحد عشر دينارا يلزمه
من كل واحد منهما احد عشر والاصل فيه انه متى ذكر عددا واضافه الى
جنسين او صنفين من المال يجب نصف كل واحد منهما كما اذا اقر لرجلين بشيء
عليهما نصفين مثاله اذا قال علي مائة مثقال ذهب وفضة وكر حنطة وشعير
يجب عليه نصف كل واحد منهما ولو قال لفلان علي عشرة دراهم ونيف فالبيان
في النيف اليه فان فسره باقل من درهم جاز لان النيف عبارة عن الزيادة
يقال جمل منيف اذا كان زائدا على الجمال ولو قال علي بضعة وعشرون درهما
لزمه ثلاثة وعشرون لان البضعة اوتار العشرة ثلاثة وخمسة وسبعة
وتسعة فيلزمه الاقل للتيقن به **قال** علي وقبلي اقرار بالدين لان
كلمة على للوجوب والاستعلاء وهما من العلو وانما يعلوه اذا كان دينا في ذمته
بحيث لا يجد بدا من قضائه ليخرج عنه وكلمة قبلي تنبئ عن الضمان يقال قبل
فلان عن فلان اي ضمن وسمي الكفيل قبيلا لانه ضامن وسمي الصك الذي
فيه حجة الدين قبالة لانه يحفظه كالضمان ولو قال المقر فيهما اردت
به وديعة ووصل صدق لانهما ينبئان عن الوجوب والحفظ واجب على المودع
والمال محله فجاز ذكر المحل وارادة الحال مجازا ولكنه خلاف الظاهر فلا
ينصرف اليه عند الاطلاق ويجوز تفسيره به متصلا لانه يحتمله مجازا ولا يجوز
منفصلا لانه تقرر حكمه بالسكوت فلا يجوز تغييره بعد ذلك كسائر المغيرات

من

من الاستثناء والشرط وفي بعض نسخ مختصر القدوري رحمه الله في قبلي انه اقرار
بالامانة لان اللفظ ينتظمهما ولهذا يقال ليس لي قبل فلان دين وليس لي قبل
فلان وديعة وكذا اذا قال ليس لي قبل فلان حق يكون ابراء عن الدين والامانة
جميعا وهذا لان حقيقتها عبارة عن الجهة فيتناولهما والامانة ادناهما
فيحمل عليه والاول هو المذكور في المبسوط وهو الاصح لان استعماله في الديون
اغلب **قال** عندي ومعي وفي بيتي وفي صندوقي وفي كيسي امانة لان هذه المواضع
محل للعين لا للدين اذ الدين محله الذمة والعين يحتمل ان يكون مضمونة
وامانة والامانة ادناهما فيحمل عليها للتيقن به وهذا لان كلمة عند للقرب
ومع للقران وما عداهما للمكان المعين فيكون مختصا بالعين ولا يحتمل
الدين لاستحالة كونه في هذه الاماكن فاذا كانت مختصا بالعين تعينت
الامانة لما ذكرنا ولان هذه الكلمات في العرف والعادة تستعمل في الامانات
ومطلق الكلام يحمل على العرف **قال** لو قال لي عليك الف فقال اتزنه او
انتقدها او اجلني بها او قضيتكها او احلتك بها فهو اقرار وكذا كل ما كان بالكناية لان
الهاء كناية عن المذكور في الدعوى في جميع ذلك فصار كانه اعاد المدعى
فيكون اقرارا بها بخلاف ما اذا لم يكن فيه ضمير الالف لانه لا دليل على
انصرافه الى المذكور فيكون كلاما مبتدأ فلا يلزمه شيء وهو المراد بقوله
بلا كناية لان الاصل فيه ان الجواب ينتظم اعادة الخطاب لتقييد الكلام
فكل ما يصلح جوابا ولا يصلح ابتداء يجعل جوابا وما يصلح للابتداء لا
للبناء او يصلح لهما فانه يجعل ابتداء لوقوع الشك في كونه جوابا فلا يلزمه
المال بالشك فان ذكرها الكناية يصلح جوابا لا ابتداء واذا لم يذكر الهاء
لا يصلح جوابا ويصلح ابتداء وجوابا فلا يكون اقرارا بالشك هذا اذا كان الجواب
مستقلا وان كان غير مستقل كقوله نعم يكون اقرارا مطلقا لانه غير مستقل
وقد اخرجه جوابا وهو صالح له فصار ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه
ولو ادعى انه ابراه منها او تصدق عليه بها او وهبه اياها كان اقرارا لان
هذه الاشياء تتلو الوجوب فيكون اقرارا بها وكذا دعوى الاحالة بها
يكون اقرارا وكذا لو قال والله لاقضينكها ولا ازنها لك اليوم لانه نفى
القضاء والوزن في وقت معين وذلك لا يكون الا بعد وجوب اصل المال عليه
واما اذا لم يكن اصل المال واجبا عليه فالقضاء يكون منتفيا ابدا ولو قال
رجل لاخر اعطني ثوب عبدي هذا فقال نعم كان اقرارا منه بالعبد والثوب
له وكذا لو قال افتح باب داري هذه او جصص داري هذه او اسرج دابتي
هذه او اعطني سرجها او لجامها فقال نعم كان ذلك كله اقرارا منه لما بينا

لأن كلمة نعم لا تستقل فلا بد من حمله على الجواب كيلا يصير لغوا ولو قيل له هل
لفلان عليك كذا فأومى برأسه نعم لا يكون إقرارا لأنه لا إشارة من الأخرس
قائمة مقام النطق لا من غيره ذكره في الكافي **قال** وإن أقر بدين مؤجل
وادعى المقر له أنه حال لزمه حالا وقال الشافعي هو كما أقر لأنه أقر بحق
على نفسه وادعى حقا على المقر له فإقراره حجة في حقه ولا يقبل دعواه
بغير حجة كما إذا أقر بعبد في يده لرجل وأنه استأجره منه فإنه يقبل إقراره
له به لا يسمع دعواه إلا بحجة بخلاف ما إذا أقر بالدراهم السود فصدقه
المقر له في الأصل وكذبه في الصفة حيث يلزمه السود ولا يقبل قول المقر
له فيه لأن السود نوع من الدراهم فالقول قول المقر في النوع والأجل عارض
لا يثبت بنفس العقد بل بالشرط فالقول قول المنكر في العوارض وبخلاف
إقرار الكفيل بالدين المؤجل حيث يكون القول قوله في الأجل دون المقر
له لأن الأجل في الكفالة نوع حيث يثبت فيها من غير شرط بأن كفل دينا
مؤجلا وقد ذكرنا المسألة في الكفالة وخلاف أبي يوسف والشافعي رحمهما
الله فيها **قال** ويحلف المقر له على الأجل لأنه المنكر للأجل **قال**
علي مائة ودرهم فيه دراهم ومائة وثوب يفسر المائة يعني يرجع إليه في تفسير
المائة وكذا مائة وثوبان بخلاف مائة وثلاثة أثواب حيث تكون الأثواب
تفسيرا للمائة أيضا والقياس أن يرجع في تفسير المائة إليه في قوله مائة
ودرهم كما في قوله مائة وثوب أو مائة وثوبان وهو قول الشافعي رحمه الله
لأنه عطف مفسرا على مبهم في الفصلين والمعطوف غير المعطوف ولم يوضع للبيان
فبقيت المائة على إبهامها كما في عطف الثوب عليها وجه الاستحسان
أنه عطف الموزون والمكيل على عدد مبهم يكون بيانا للمبهم عادة لأن
الناس استثقلوا تكرار التفسير عند كثرة الاستعمال وذلك فيما يجري
فيه التعامل وهو ما يثبت في الذمة وهو المكيل والموزون واكتفوا
بذكره مرة لكثرة أسبابه ودورانه في الكلام بخلاف الثياب وغيره
مما ليس من المقدرات لأنها لا يكثر التعامل بها لعدم ثبوتها في الذمة في
جميع المعاملات فلم يستثقلوا ذكرها لقلة دورانها في الكلام والاكتفاء
بالثاني للكثرة ولم يوجد فبقي على القياس بخلاف قوله مائة وثلاثة
أثواب حيث يكون الأثواب تفسيرا للمائة أيضا ويستوي فيه المقدرات
وغيرها لأنه ذكر عددين مبهمين فأعقبهما تفسيرا فينصرف إليهما فيكون
بيانا لهما هذا بالإجماع لأن عادتهم جرت بذلك ألا ترى أنهم يقولون
أحد وعشرون يوما وثلاثة وخمسون درهما فينصرف التفسير إليهما لاستوائهما

في الحاجة إليه وقال في النهاية روى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله
في قوله مائة وثوب أن الكل من الثياب وكذا في قوله مائة وشاة ووجهه أن
الثياب والغنم تقسم قسمة واحدة بخلاف العبيد فإنهم لا يقسمون قسمة
واحدة وما يقسم قسمة واحدة يتحقق في أعدادها المجانسة فيمكن أن يجعل
المعطوف تفسيرا للمبهم وهذا الشرط ظاهر فإن عندهما تقسم العبيد كالغنم
ولا يقسمون عند أبي حنيفة رحمه الله ولو قال لفلان علي نصف درهم ودينار
وثوب فعليه نصف كل واحد منهما وكذا لو قال نصف هذا العبد ونصف
هذه الجارية لأن الكلام كله وقع على شيء بغير عينه أو بعينه فينصرف
النصف إلى الكل كأنه قال علي نصف هذا ونصف هذا إلى آخره بخلاف ما إذا
كان بعضه معينا وبعضه غير معين بأن قال نصف هذا الدينار ودرهم
حيث يجب عليه نصف الدينار ويجب الدرهم كله ولو قال عشرة دراهم ودانق
أو قيراط فالدانق والقيراط من الفضة لأن الاكتفاء بالتفسير الأول شائع عندهم قال
الله تعالى ولبثوا في كهفهم ثلاث مائة سنين وازدادوا تسعا يعني من السنين
قال أقر بتمر في قوصرة لزماه يعني التمر والقوصرة وهذا في الأصل
بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه أنه أقر بغصب حال كونه مظروفا ولا يتصور
ذلك بدون ظرفه فلزماه بخلاف ما إذا قال غصبت تمرا من قوصرة لأن كلمة
من للانتزاع فيكون منزلة المنزوع وعلى هذا الطعام في الجوالق أو في السفينة
قال ودابة في إصطبل لزمته الدابة فقط لأن غير المنقول لا يضمن
بالغصب عندهما وعلى قياس قول محمد رحمه الله يضمنهما وعلى هذا الطعام
في البيت والأصل في جنس هذه المسائل أن الظرف إن أمكن أن يجعل ظرفا حقيقة
ينظر فإن أمكن نقله لزماه وإن لم يكن نقله لزمه المظروف خاصة عندهما
لأن الغصب الموجب للضمان لا يتحقق في غير المنقول ولو ادعى أنه لم ينقل
المظروف لا يصدق لأنه أقر بغصب تام إذ هو مطلق فيحمل على الكمال وعند
محمد لزماه جميعا لأن غصب غير المنقول يتصور عنده وإن لم يمكن أن يجعل ظرفا
حقيقة لم يلزمه إلا الأول كقوله درهم في درهم ولم يلزمه الثاني لأنه لا
يصلح أن يكون ظرفا له **قال** وخاتم له الحلقة والفص لأن الاسم شملهما
قال وسيف له النصل والجفن والحمائل لأن اسم السيف يطلق على
الكل النصل حديدته والجفن غمده والحمائل جمع الحمالة بكسر الحاء وهي علاقته
قال وحجلة له العيدان والكسوة لأن الاسم يطلق على هذه الجملة
عادة وهي المعتبرة في الباب والحجلة بيت مزين بالثياب والأسرة والعيدان
جمع عود كالديدان جمع دود **قال** وثوب في منديل أو في ثوب لزماه

لانه ظرف له وهو ممكن حقيقة فيدخل فيه على ما بينا بخلاف ما اذا قال غصبت
اكافا على حمار حيث يلزمه الاكاف خاصة دون الحمار لان الحمار مذكور لبيان محل
المغصوب حين اخذ وغصب الشيء من محل لا يكون مقتضيا غصب المحل كذا ذكره
في النهاية معزيا الى المبسوط **قال** وثوب في عشرة له ثوب وهذا عند ابي
يوسف وقال محمد عليه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة
فامكن جعله ظرفا كقوله حنطة في جوالق او يحمل كلامه على التقديم والتاخير
فيصير كانه قال عشرة اثواب في ثوب ولابي يوسف وهو قول ابي حنيفة اولا ان
العشرة لا تكون ظرفا لثوب واحد عادة والممتنع عادة كالممتنع حقيقة اذ هو
المتعورف عليهما ولان الثوب اذا لف في ثياب كان كل واحد منها مظروفا في حق
ما وراءه فلا يكون ظرفا للثوب الذي هو ظاهر فلا يتحقق ان يكون الكل ظرفا
لواحد فلغا اخر كلامه وحمله على التقديم والتاخير لا يمكن لان فيه احتياطا
لايجاب المال مع الاحتمال لان في قد تكون بمعنى البين قال الله تعالى فادخلي
في عبادي اي بين عبادي فلا يجب بالشك وقوله النفيس من الثياب قد يلف
في عشرة اثواب منقوض بما اذا قال غصبت منه كرباسا في عشرة اثواب حرير
فانه يلزمه الكل عنده مع انه ممتنع عرفا **قال** وخمسة في خمسة وعنى الضرب
خمسة وقال زفر عليه عشرة وقال الحسن بن زياد عليه خمسة وعشرون لعرف
الحساب لانهم يريدون به ارتفاع احد العددين بقدر العدد الآخر ولزفر
ان حرف في يستعمل بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي معهم وهو الغالب
بين الطائفة وانما يراد بارتفاع احد العددين بقدر الآخر عند الخواص من
الناس وهم الحساب وهذا لانه حقيقة في ان يكون للظرف وهو لا يتصور ان
يكون الدراهم ظرفا للدراهم فتعين المجاز المتعارف بين الناس وبين اللفظين
اتصال من حيث ان كل واحد منهما للجمع فصحت الاستعارة قلنا لما تعذرت
الحقيقة وهي الظرفية لغا ولا نصار الى المجاز لان المجاز متعارض لانها
تستعمل بمعنى الواو للاتصال بينهما من حيث ان كل واحد منهما للجمع وبمعنى مع على
ما بينا وبمعنى على قال الله تعالى حكاية عن فرعون لاصلبنكم في جذوع النخل
اي على جذوع النخل فاذا كانت تحتمل معنى على لا يقتضي وجوب الثاني على ما
بينا من قبل وليس حملها على البعض اولى من البعض فلغت لما ذكرنا ان الظرفية
اذا تعذرت تلغو فصار كما اذا قال علي درهم ودرهم اذ لا فرق بينه وبين
قوله علي خمسة دراهم في خمسة لان الموجب للالغاء فيه هو تعذر الظرفية
وهما فيه سواء واما ذكر الحصر لا يستقيم في الموزون وانما ذلك في الممسوح
على ان الارتفاع الذي ذكره يراد به تكثير الاجزاء لا تكثير الاعداد فصحيحه

وتكثير

وتكثير الاجزاء لا يوجب تكثير العدد وهو المتعارف عند الحساب **قال**
وعشرة اي عنى مع اي يلزمه عشرة اذا اراد به معنى مع لان اللفظ وهو
حرف في يحتمله مجازا على ما بينا فاذا نوى محتمل كلامه صحت نيته لان ذلك
يصدق في القضاء لا سيما اذا كان فيه تشديد على نفسه على ما عرف في
موضعه **قال** وله علي من درهم الى عشرة او ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة
وهذا عند ابي حنيفة وقالا يلزمه العشرة كلها وقال زفر يلزمه ثمانية
وهو القياس لانه جعل الدرهم الاول والآخر حدا والحد لا يدخل في المحدود
فلا يدخل الغايتان كما في ما اذا قال لفلان من هذا الحائط الى هذا
الحائط او ما بين هذين الحائطين فان الحائطين لا يدخلان في الاقرار
فكذا هذا ولابي يوسف ومحمد ان الغاية لا بد ان تكون موجودة اذ المعدوم
لا يصلح ان يكون حدا للموجود ووجوده بوجوبه فيدخل الغايتان بخلاف
ما ذكر من المحسوس لانه موجود فيصلح حدا فلا يدخلان وله ان الغاية
لا تدخل في المغيا لان الحد غير المحدود فهذا هو الاصل كما قال زفر لكن هنا
لا بد من ادخال الغاية الاولى لان الدرهم الثاني والثالث لا يتحقق
بدون الاول اذ لا يعقل ثان بدون الاول فدخلت الغاية الاولى ضرورة
ولا ضرورة في ادخال الثانية فاخذنا فيها بالقياس فلا تدخل ولان
العدد يقتضي ابتداء فاذا اخرجنا الاول من ان يكون ابتداء صار الثاني
هو الابتداء فيخرج هو ايضا من ان يكون ابتداء كالاول فكذا الثالث
والرابع الى آخره فيؤدي الى خروج الكل من ان يكون واجبا فكان باطلا
ولو قال علي لفلان كر حنطة الى كر شعير فعليه عند ابي حنيفة كر حنطة
وكر شعير الا قفيزا لان القفيز الآخر من الشعير هو الغاية الثانية وعندهما
يلزمه الكران ولو قال له علي عشرة دراهم الى عشرة دنانير فعند ابي حنيفة
يلزمه الدراهم وتسعة دنانير وعندهما يلزمه عشرة دراهم وعشرة
دنانير ذكر المسئلتين في النهاية **قال** له من داري ما بين هذا الحائط
الى هذا الحائط له ما بينهما فقط لما ذكرنا ان الغاية لا يدخل في المغيا
قال رحمه الله وصح الاقرار بالحمل وللحمل ان بين سببا صالحا والا فلا
وقوله ان بين سببا يتعلق بالاقرار للحمل لان الاقرار بالحمل لا يشترط
فيه بيان السبب الصالح لانه اذا بين فيه سببا صالحا بان قال مات ابوه فورثه
او اوصى له به فلان يجوز والا فلا وهذا عند ابي يوسف وعند محمد رحمه الله
يجوز الوصية له وان لم يبين السبب واما الاقرار بالحمل فجائز بالاجماع وان
لم يتبين السبب لمحمد رحمه الله في الخلافية ان الاقرار حجة موجبة فيجب اعماله

ما امكن وقد امكن حمله على السبب الصالح لانه يمكن انه ورثه او اوصى له به فلا
يصار الى الابطال مع الامكان فصار كاقرار العبد المأذون له او الصبي المأذون
له في التجارة فانه يجوز لامكان الجواز وان احتمل الفساد بان اقر بمال ليس من
التجارة ولهذا اجاز اقراره بالحمل مع احتمال الفساد ولابي يوسف ان لجوازه
طريقين الارث والوصية وليس احدهما باولى من الاخر فيبطل كمن اشترى عبدا
بالف ثم باعه وعبدا اخر معه مرابحة بالف وخمسمائة فانه يبطل في العبد
المشتري وان امكن جوازه بان يجعل الالف او اكثر حصة المشتري والباقي
حصة الاخر بخلاف اقرار المأذون له في التجارة لان لصحته جهة واحدة وهي
التجارة وبخلاف الاقرار بالحمل لان لصحته جهة واحدة وهي الوصية على ما قالوا
لان الحمل وحده لا يملك الا بالوصية فتعينت سببا ولان مطلق الاقرار ينصرف
الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا يجوز اقرار العبد المأذون اه وينفذ اقرار
احد المتفاوضين على شريكه ولولا ذلك لما جاز ولا ينفذ فصار كما اذا صرح
به ولا يتصور البيع مع الجنين فلا يحمل عليه احد فيبطل وحاصله ان المسئلة
ثلاث صور اما ان يبهم الاقرار فهو على الخلاف واما ان يبين سببا غير صالح
فلا يجوز بالاجماع ولا يقال ظاهر اقراره يقتضي الوجوب فكيف يقدر على ابطاله
ببيان سبب غير صالح والابطال رجوع عن الاقرار وهو لا يمكن الرجوع لانا
نقول ليس برجوع وانما هو بيان سبب محتمل لانه يحتمل ان احدا من اوليائه
باعه عنه فيحسب ان ذلك صحيح فيقر به ويضيفه الى الجنين اضافة مجازا كما
يقال بني فلان دارا وان كان الباقي غيره وهو الاجماع ثم اذا صح الاقرار بالحمل
انما يصح اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان موجودا وقت الاقرار او يحتمل وذلك
بان تضعه لاقل من ستة اشهر اذا كانت ذات زوج او لاقل من سنتين من وقت
الفراق اذا كانت معتدة ثم ان ولدته حيا كان له ما اقر به وان ولدته ميتا
يرد الى ورثة الموصي او ورثة ابيه وان ولدت ولدين حيين كانا ذكرين فهو بينهما
نصفان وان كان احدهما ذكرا والاخر انثى فكذلك في الوصية وفي الارث للذكر
مثل حظ الانثيين وقد ذكرنا ان الاقرار بالحمل جائز وان ابهم ولم يبين السبب
وذكرنا الفرق لابي يوسف بينه وبين الاقرار له ثم ان كان المقر به حمل جارية
فانما يستحقه المقر له اذا علم وجوده وقت الاقرار او احتمل ذلك على الوجه الذي
بيناه وان كان حمل بهائم يقدر بادنى مدة يتصور ذلك عند اهل التجربة على ما جرت
به عادتهم **قال** وان اقر بشرط الخيار لزمه المال وبطل الشرط معناه انه
اذا قال على لفلان الف درهم قرضا او غصبا او وديعة او عارية قائمة
او مستهلكة على اني بالخيار ثلاثة ايام وانما لزمه لان الاقرار حجة ملزمة

بلغ

على ما بينا من قبل وهو اخبار عن الكائن وليس بانشاء والاخبار لا تقبل الخيار
لان الخيار ليغير به صفة العقد ويتخير به له الخيار بين فسخه وامضائه
والخبر لا يتصور فيه ذلك لانه اذا كان صادقا فهو صدق اختار او لم يختر وان
كان كاذبا لم يتغير باختياره ولا يعدم اختياره بالشرط لعدم حكمه وهو الالزام
واما اذا قال على الف درهم من ثمن مبيع بعته على اني بالخيار صح وثبت الخيار
اذا صدقه المقر له او اقام على ذلك بينة لان المقر به عقد يقبل الخيار
فيصح اذا ثبت بحجة وان كذبه المقر له لم يثبت الخيار والقول قول
المقر له لانه منكر للعوارض كالاجل والقول في العوارض قول المنكر وان اقر
بالدين بسبب كفالة على انه بالخيار في مدة معلومة طويلة او قصيرة جاز اذا
صدقه المقر له لان الكفالة عقد يصح اشتراط الخيار فيه لان الكفالة عقد
يقع فيه خيار الشرط بخلاف العقود المستقرة لانها افعال لا تقبل الخيار
فكذا الاقرار بها

باب الاستثناء وما في معناه

الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا عندنا واخراج بعد الدخول عند الشافعي
بطريق المعارضة وهذا مشكل فان الاستثناء جائز في الطلاق والعتاق
ولو كان اخراجا لما صح لانهما لا يحتملان الرجوع والرفع بعد الوقوع ونظهر ثمرة
الخلاف فيما اذا قال لفلان على الف درهم الا مائة او خمسين فعندنا يلزمه تسعمائة
لانه لما كان تكلما بالباقي وكان ما بعد الدخول شككنا في المتكلم به والاصل
فراغ الذمم فلا يلزم الزائد بالشك فصار نظير ما لو قال على تسعمائة
او تسعمائة وخمسون فانه يلزمه الاقل وعنده لما دخل الالف كله صار الشك
في المخرج فيخرج الاقل وهو خمسون والباقي على حاله **قال** رحمه الله ومن
استثنى بعض ما اقر به متصلا لزمه الباقي لما ذكرنا انه تكلم بالباقي بعد
الثنيا وصار استثناؤه فيلزمه كانه تكلم بالباقي ابتداء ثم اطلاق لفظ البعض
في الكتاب من غير تقدير بشيء دليل على ان استثناء الاكثر جائز وهو المذهب
وقال الفراء لا يجوز لان العرب لا تتكلم به قلنا تكلمت به العرب وهو موجود
في القرآن قال الله تعالى لاغوينهم اجمعين الا عبادك منهم المخلصين ثم
قال ان عبادي ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين فاستثنى
المخلصين تارة والغاوين اخرى فايهما كان اكثر لزمه **قال** الشاعر
ادوا التي نقصت تسعين من مائة ● ثم ابعثوا حكما بالعدل حكاما ●
استثنى تسعين من مائة وان لم يكن باداته لانه في معناه وقال صاحب النهاية
ولا فرق بين استثناء الاقل والاكثر وان لم يتكلم به العرب ولا يمتنع صحته
اذا كان موافقا لطريقهم كاستثناء الكسور لم يتكلم به العرب وهو صحيح

لا فرق بين ان تكون الاستثنا ما لا يقسم او مما يقسم حتى اذا قال هذا العبد لفلان
الا ثلاثه او قال الا ثلثيه صح **قال** لا استثنا الكل اي لا يصح استثنا الكل
لان الاستثنا تكلم بالحاصل بعده ولم يبق شي ليصير متكلما به فيكون رجوعا فلا
يصح وهذا اذا كان الاستثنا بلفظ المستثنى منه مثل ان يقول علي عشرة الا عشرة
او يقول عبيدي احرار الا عبيدي واما اذا كان بخلاف لفظه يجوز وان اتى على الكل
وذلك مثل عبيدي احرار الا هولا او يقول نسائي طوالق الا هولا او يقول
عبيدي احرار الا مبارك وسالم وبزيغ او يقول نسائي طوالق الا زينب وعمرة
وفاطمة وليس له عبيد ولا نسا غير المستثنى صح الاستثنا فلا يعتق احد منهم
ولا يطلق واحدة منهن لانه اذا اختلف اللفظ يتوهم بقا شي من المستثنى منه
اذ اللفظ صالح له وذلك يكفي لصحة الاستثنا ولا يشترط حقيقة البقا لان
الاستثنا يتبع صحة الكلام لفظا لا تحقق ما دخل تحته الا ترى انه لو قال لامراته
انت طالق الفا الا تسع مائة وتسعة وتسعين يصح حتى لا يقع عليها الا واحدة
ولو كان يتبع صحة الحكم لوقع الثلث كما اذا قال انت طالق ثلاثا الا الفا
وعلى هذا لو قال اوصيت بثلث مالي الا ثلث مالي لا يصح الاستثنا ويأخذ الموصى
له ثلث ماله ولو قال اوصيت له بثلث مالي الا الفا وثلث ماله الف لا غير
صح الاستثنا ولا يستحق الموصى له شيا لما ذكرنا انه يتبع صحة اللفظ لانه تصرف
لفظي فيبتني على صحة اللفظ لا على صحة الحكم بخلاف ما اذا وقع الاستثنا بعين
ذلك اللفظ لانه لا يصلح لاخراج بعض ما يتناوله اللفظ ولا للتكلم بالحاصل
بعد الثنيا فلم يصح اللفظ ولا الاستثنا **قال** وصح استثنا الكيلي والوزني
من الدراهم لا غيرهما حتى اذا قال علي الف درهم الا قفيز حنطة او الا دينارا
صح وكذا لو قال علي مائة دينار الا قفيز شعير او الا عشرة دراهم صح وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما وقال زفر ومحمد لا يصح ولو قال علي
مائة درهم الا ثوب لا يصح باتفاق اصحابنا وقال الشافعي يصح فيهما يعني في
المثلي وغيره لان حكم الاستثنا امتناع ثبوت الحكم في المستثنى لقيام الدليل
المعارض عنده بمنزلة دليل الخصوص من العموم فاذا قال علي عشرة الا خمسة
يصير كانه قال الا خمسة فانها ليست علي فاذا كان بطريق المعارضة يجب
العمل بالدليل المعارض بقدر الامكان فاذا كان المعارض من جنسه يجب اخراج
قدره واذا كان من خلاف جنسه يجب اخراج قيمته عملا بالدليل المعارض بقدر
الامكان ولمحمد وزفر ان الاستثنا اخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على
معنى انه لولا الاستثنا لكان داخلا تحت اللفظ وهذا لا يتصور في خلاف
الجنس لعدم دخوله تحت اللفظ ولابي حنيفة وابو يوسف ان القياس ما قاله

محمد

محمد وزفر لما بينا الا انهما استحسنا في المقدرات وهي المكيل والموزون
لانهما جنس واحد في المعنى من حيث انها تثبت في الذمة حالا ومؤجلا ويجوز
استقراضها وان اختلفت صورها فاذا كانت في المعنى جنسا واحدا جاز
استثناوها باعتبار المعنى لان الاستثنا استخراج بطريق المعنى على ان
يصير الكلام به عبارة عما ورا المستثنا وما ذكره الشافعي لا معنى له لان
المعارضة لا تثبت عند اختلاف المحل لان انتفا احدهما لا ينافي ثبوت
الاخر فلا يتعارضان ولان العبد لا يقدر ان ينفي ما عليه من الحق الواجب
بطريق المعارضة فانه اذا اقر به لزمه ولا يتصور ان ينتفي بعد ذلك بانكار
ولو كان بطريق المعارضة كما ذكره لاستوى فيه البعض والكل كالنسخ وكذا
كان يستوى فيه الاتصال والانفصال لان المعارض لا يشترط ان يكون
مقارنا وانما ذلك في الخبر ولان الاقرار خبر لو كان بطريق المعارضة لكان
احدهما كذبا وذلك لا يجوز لانه موجود في القران قال الله تعالى فلبث فيهم
الف سنة الا خمسين عاما ولو كان هذا اخبارا عن لبثه فيهم الف سنة ثم اخبر
انه لم يلبث خمسين عاما منها لكان كذبا تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا وانما هو
اسم للباقي بعد الثنيا كانه قال فلبث فيهم تسع مائة وخمسين عاما لانك
اذا قلت علي عشرة الا خمسة فالعشرة اسم للخمسة كانك قلت علي خمسة الا
انك اقررت بعشرة ثم اسقطت الخمسة بعد ذلك بكلام معارض والمعدود
الذي لا تتفاوت احاده كالفلوس مثل المكيل والموزون حتى يجوز استثناوه
من الدراهم والدنانير **قال** ولو وصل باقراره ان شا الله تعالى بطل
اقراره لانه ابطال او تعليق على ما بينا في الطلاق فان كان الاول فقد
بطل نحو ظاهر وان كان الثاني فكذلك لان الاقرار لا يحتمل التعليق
بالشرط حتى اذا قال لفلان علي الف درهم ان شا فان كان الاقرار باطلا
وان شا فلان لانه علقه بشرط في وجوده خطر والاقرار لا يحتمله لان التعليق
يمين والاقرار لا يحلف به ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان
كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا
بوجود الشرط فلا يليق به اصلا وانما التعليق فيما هو ايجاب ليتبين بالتعليق
انه ليس بايقاع ما لم يوجد الشرط وكذلك كل اقرار علق بالشرط نحو قوله
ان دخلت الدار او مطرت السما او هبت الريح او ان قضى الله تعالى او
ارادة او رضيه او احبه او قدره او يسره او ان بشرت بذلك فهذا كله
وما شاكله مبطل للاقرار اذا كان موصولا للمعنى الذي ذكرنا ولو قال
استهدوا ان له علي الف درهم ان مت فهو عليه اذا مات او عاش فان هذا

ليس بتعليق فان موته كائن لا محالة ومراده ان يشهدهم على المال المقر به حتى
لا تتعرض ذمته من تهمته ليشهدوا بعد موته اذا جحدت الورثة فيكون راجعا
الى تاكيد الاقرار فيلزمه المال عاش او مات وكذا لو قال علي الف اذا
جاء راس الشهر او اذا افطر الناس او الى الفطر او الى الاضحى لان هذا
ليس بتعليق وانما هو دعوى الاجل الى الوقت المذكور فيكون اقراره مقبولا
ودعواه الاجل لا يقبل الا بحجة هكذا ذكره في النهاية وذكر في المحيط في
باب تعليق الاقرار بالشرط هذه المسالة فقال اصله ان تعليق الاقرار بالشرط
باطل والمال لازم لان الاقرار اخبار عن كائن سابق والكائن لا يتعلق بالشرط
وانما يتعلق بالشرط غير الكائن ليصير كائنا عند وجود الشرط ولانه اخبار متردد
بين الصدق والكذب فان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان
كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلا فائدة في تعليقه بالشرط فلغي تعليق
الاقرار بالشرط الا اذا كان الشرط سببا لحلول الاجل والموت ومجي الغد فيصح
تعليقه بذلك الشرط لانه لا يراد به الاخبار عن محل الاجل هكذا ذكره في
مسائل المبسوط وذكر في النهاية في اوائل هذه المسئلة معزيا الى المبسوط
فقال لو قال غصبت منك هذا العبد ان شاء الله تعالى لم يلزمه شي
استحسانا والقياس ان استثناءه باطل لان ذكر الاستثناء بمنزلة ذكر الشرط
وذلك انما يصح في الانشاءات دون الاخبارات ولكنه استحسن فقال
الاستثناء مخرج للكلام من ان يكون عزيمة لا ان يكون في معنى الشرط الا
ترى ان موسى عليه السلام لم يعاتب على ترك الصبر لو لم يخرج لعوتب
او لو عزم الانبياء عليهم السلام كالعهد من غيرهم والاقرار لا يكون الا
موعزية وهذا يشير الى ما قال في المحيط وشرط في المختصر ان يكون
موصولا لانه لو كان مفصولا لا يؤثر خلافا لابن عباس فهو استدل بما روي
عنه عليه السلام انه قال والله لاغزون قريشا ثم قال بعد سنة ان شاء الله
قلنا هو معارض المغير لا يصح الا متصلا كالشرط واستثناء النبي عليه السلام
كان لامتثال امر الله تعالى بقوله الا ان يشاء الله لا لمنع الانعقاد وقد ذكرنا في
كتاب الطلاق وهل هذا الاستثناء تعليق بشرط لا يعلم وجوده او ابطال وذكر
الخلاف فيه بين ابي يوسف ومحمد فلا نعيده **قال** ولو استثنى البناء
من الدار فهما للمقر له لان البناء داخل في الاقرار تبعا لا مقصودا فصار
وصفا والاستثناء تصرف لفظي فلا يصح الا من الملفوظ ولكون البناء وصفا لا
يسقط باستحقاقه قبل القبض شي من الثمن وانما يثبت للمشتري الخيار لكونه
تابعا والاوصاف بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لان اجزاء الدار

داخلة

داخلة تحت لفظ الدار فصح استثناؤها ولهذا لو استحق هذا الجزء
فان قبل القبض يسقط بحصته من الثمن والطوق في الجارية والفص
في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار **قال** وان قال
بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة
دون البناء فصار كانه قال بياض هذه الارض دون البناء بخلاف ما اذا قال
مكان العرصة الارض بان قال بناء هذه الدار لي وارضها لفلان حيث يكون
له البناء ايضا لان الارض كالدار فيتبعها البناء بخلاف ما اذا قال بناء هذه
الدار لزيد والارض لعمرو حيث يكون لكل واحد منهما ما اقر له به لانه لما
اقر بالبناء لزيد صار ملكا له فلا يخرج عن ملكه باقراره لعمرو بالارض لانه لا
يصدق قوله في حق غيره بخلاف المسئلة الاولى لان البناء مملوك له فاذا اقر
بالارض لغيره تبعها لان اقراره مقبول في حق نفسه ولو قال ارض هذه
الدار لفلان وبناؤها لي او لفلان كانا للاول لانه لما اقر بالارض
له ملك البناء تبعا فلا يقبل قوله بعد ذلك انه لغيره ولو قال بناء هذه
الدار لفلان وارضها لفلان فلكل واحد منهما ما اقر له به لقيام ملكه عند
الاقرار لهما فينفذ ويخرج جنس هذه المسائل على ان دعواه لنفسه
لا تمنع صحة الاقرار به لغيره وان اقراره لا يقبل في حق غيره **قال** ولو
قال علي الف من ثمن عبد لم اقبضه فان عين العبد وسلمه اليه لزمه الالف
والا فلا اي لو عين المقر العبد وسلمه المقر له الى المقر لزم المشتري الثمن
بهذا العبد لانه اقر له بالالف على صفة فيلزمه على الصفة التي اقر بها وهذه
المسئلة على وجوه احدها ما ذكرنا وهو ما اذا صدقه وسلمه اليه وحكمه
ما ذكرنا لان الثابت بتصادقهما يكون كالثابت عيانا والثاني ان يقول
المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا اخر وسلمته اليك والحكم
فيه كالاول لانهما اتفقا على ما اقر به من ان كل واحد منهما يستحق ما اقر به
غير انهما اختلفا في سبب الاستحقاق ولا يبالي باختلافهما ولا باختلاف
السبب عند حصول المقصود واتحاد الحكم فصار كما اذا اقر له بغصب الف
درهم فقال المقر له هي قرض فانه يؤمر بالدفع اليه لاتفاقهما على الاستحقاق
والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتكه وحكمه ان لا يلزم المقر شي لما
ذكرنا انه اقر له على صفة وهي سلامة العبد له فلا يلزمه بدونها والرابع
ان يقول المقر له لم ابعك هذا العبد وانما بعتك عبدا اخر فحكمه ان يتحالفا
لانهما اختلفا في المبيع وهو موجب للتحالف **قال** وان لم يعين لزمه
الالف كقوله من ثمن خمر او خنزير اي ان لم يعين المقر العبد لزمه الالف

كما اذا اقر بالف من ثمن خمر فانه يلزمه الالف ولم يقبل قوله انه لم يقبض المبيع ولا
تفسيره بثمن الخمر وصل او فصل وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله ان وصل صدق في المسالتين فلا يلزمه شي وان فصل لم يصدق اذا
انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد او خمر لانه اقر بالمال وبين سببه وهو
غير صالح لان ثمن عبد مجهول لا يجب شيء كانت الجهالة عند العقد او بعده
بالاختلاط بامثاله لانه يفسد به العقد او يهلك به المبيع قبل القبض
فلا يجب به الثمن وكذا ثمن الخمر لا يجب وصدر كلامه يقتضي الوجوب فصار
بيانا مغيرا كالاستثناء والشرط والتغيير يصح موصولا لا مفصولا ولابي حنيفة
رحمه الله ان صدر كلامه لما كان للوجوب فاثباته في اخره منافيا للوجوب
يكون رجوعا عنه فلا يصح موصولا كان او مفصولا ولو ان المقر ادعى تاخير الثمن
الى شهر يقبل اقراره في التاجيل ويجب عليه حالا لان في اضافة البيع الى
المجهول وانه يؤدي الى التناقض ابدا كان اولى بيانه ان الثمن لا يجب تسليمه
الا بعد احضار البائع المبيع فلو احضر البائع عبدا ليسلمه اليه فللمشتري
ان يقول المبيع غير هذا وكذا في الثاني والثالث الى ما لا يتناهى فلا يصل
البائع الى قبض الثمن ابدا فكان باطلا بخلاف ما اذا كان المبيع معينا
لانه لا يتاتى فيه ذلك فلا يؤدي الى البطلان فيلزمه على الوجه الذي اقر به
على ما بينا هذا اذا كذبه المقر له وان صدقه في السبب بان قال بعتك
فكذلك عند ابي حنيفة لانه لزمه الثمن بالاقرار فلا يسقط عنه الا اذا اقر
المقر له انه لم يقبض المبيع وعندهما القول قول المقر انه لم يقبض المبيع
فصل او وصل لان البيع لما ثبت بتصادقهما بقي امر القبض مجملا لانه
لم يقر بقبض المبيع نصا ولا اقتضاء لان الاقرار بوجوب الثمن لا يكون اقرارا
بقبض المبيع اذ هو واجب بالعقد فصار كما اذا عين المبيع بخلاف ما اذا لم
يصدقه في السبب حيث لا يصح مفصولا لانه تغيير على ما بينا فلا يصح
مفصولا وهنا لا تغيير فيه لتصادقهما في السبب فصار من باب المجملات
فيصح بيانه مفصولا ولو قال اني اشتريت منه مبيعا الا اني لم اقبضه كان
القول قوله بالاجماع لانه لم يقر بوجوب الثمن عليه وانما اقر بوجود الشراء منه
ومجرد العقد لا يوجب الثمن لانه اذا اشتراه بشرط الخيار لا يجب عليه الثمن
وانما يجب بالقبض فلا يكون الاقرار بالعقد اقرارا بالقبض فلا يجب بخلاف
ما تقدم عند ابي حنيفة مطلقا وعندهما اذا فصل البيان لانه قد اقر
هناك بالوجوب فلا يسقط باخر كلامه على الاختلاف على ما بينا ولو قال
لفلان علي الف درهم حراما او ربا فهي لازمة له لاحتمال ان يكون هذا حلالا

عند

عند غيره ولو قال لفلان علي الف درهم زورا او باطلا ان صدقه المقر له فلا
شيء عليه وان كذبه لزمه ولو اقر انه باع عبده هذا من فلان وادعى انه لم
يقبض الثمن وحبسه كان له ذلك لان العبد في يده فالظاهر انه ملكه فاذا
اقر به لغيره نفذ على الوجه الذي اقر به وكان القول له اذا انكر المقر له
قال ولو قال من ثمن متاع او اقرضني وهي زيوف او نبهرجة لزمه الجياد
بخلاف الغصب والوديعة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان وصل
صدق وان فصل لا يصدق وقال في الهداية وعلى هذا الخلاف اذا قال هي
ستوقة او رصاص وذكر في النهاية لابي يوسف فيهما روايتين وعزاه الى الجامع
الصغير لقاضي خان لهما انه تفسير حقه فيصح بشرط الوصل وهذا لان اسم
الدراهم يتناول الجياد والزيوف بحقيقته حتى لو تجوز بالزيوف في الصرف
والسلم جاز والستوقة مجاز الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد لان التعامل
يقع بها والاذهان تسبق اليها فكان مغيرا فيصح للاصل من هذا الوجه
فيصح بشرط الوصل كما اذا قال الا انها وزن خمسة ونقد البلد وزن سبعة
ولابي حنيفة رحمه الله ان هذه الاشياء عيب والعقد يقتضي السلامة عنه
فدعواها رجوع عن مقتضى ما اقر به فلا يصح فصار كما اذا قال بعتك
معيبا وقال المشتري لا بل سليما فالقول له لما ذكرنا والستوقة والرصاص
ليسا من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا بخلاف قوله الا انها وزن
خمسة لانه استثناء القدر فصار مغيرا فيصح بشرط الوصل وبخلاف ما
اذا قال علي كر حنطة من ثمن دار اشتريتها منه الا انها ردية حيث يقبل موصولا
ومفصولا لان الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها
بخلاف الجودة لان العقد يقتضيها ولا يصح استثناؤها على ما بينا في استثناء
البناء بخلاف ما اذا اقر بغصب الف درهم او بالوديعة حيث يقبل قوله في
هذه الاشياء لان الغصب لا يقتضي السلامة لان الانسان يغصب ما
يصادف ويودع ما عنده فلا يقتضي السلامة فيقبل قوله الا انه في الزيوف
والنبهرجة يقبل قوله مطلقا مفصولا وموصولا لانهما نوع من الدراهم
وفيه يقبل مفصولا ولان الاختلاف اذا وقع في المقبوض كان القول قول
القابض ضمينا كان او امينا وفي الستوقة لا يصدق الا موصولا لانها ليست
من جنس الدراهم وانما يتناولها الاسم مجازا فكان من باب التغيير فلا يصح
مفصولا وعن ابي حنيفة في غير رواية الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف
اذا وصل لان القرض يتم بالقبض فاشبه الغصب والوديعة والظاهر هو
الاول لانه يجب بالتعامل فاشبه ما يجب بالبيع وعن ابي يوسف رحمه الله



انه اذا قال غصبت الثياب ثم قال هي زيوف لم يصدق اذا انفصل كما في القرض
لان كلا منهما مضمون عليه بالمثل فلو قال لفلان علي الف درهم زيوف
ولم يذكر السبب قيل يصدق اجماعا اذا وصل لانه لم يصرح بالعقد واستحقاق
الجودة به وقيل هو على الخلاف لان مطلق الوجوب يحمل على انه وجب عليه
بسبب موضوع له وهو التجارة فيكون على الخلاف قال ولو قال
الا انه ينقص كذا متصلا صدق وان فصل لا لانه استثنا المقدار فيكون تغييرا
فيصح موصولا لا مفصولا على ما بينا غير مرة ولو كان الانقطاع بسبب
انقطاع النفس او بسبب دفع السعال فعن ابي يوسف انه يصح اذا وصله
به وعليه الفتوى لان الانسان يحتاج الى ان يتكلم بكلام كثير ويذكر الاستثنا
في اخره ولا يمكنه ان يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فلو لم يجعل عذرا يكون عليهم
حرج وعليه الفتوى قال ومن اقر بغصب ثوب وجاء بمعيب صدق لان
الغصب لا يختص بالسليم كالوديعة على ما بينا قال وان قال اخذت
منك الفا وديعة وهلكت وقال اخذتها غصبا فهو ضامن لانه اقر بسبب
الضمان وهو الاخذ لان اخذ مال الغير سبب لوجوب الضمان لقوله عليه السلام
على اليد ما اخذت حتى ترد ثم ادعى ما يوجب البراءة وهو الاذن بالاخذ والاخر
ينكره فكان القول قوله مع يمينه ووجب الضمان على المقر باقراره بسبب الضمان
الا ان يتكلم الخصم عن اليمين وهذا بخلاف ما اذا قال له بل اخذتها قرضا
حيث يكون القول قول المقر لانهما تصادقا على ان الاخذ حصل باذنه
والاخذ باذن المالك لا يكون سببا لوجوب الضمان على الاخذ الا باعتبار
عقد الضمان فالمالك يدعي عليه العقد وذاك ينكر فكان القول قول المنكر
وعلى هذا اذا اقر باخذ الثوب وديعة وقال المقر له بل اخذته بيعا ه
كان القول قول المقر لما ذكرنا قال ولو قال اعطيتنيها وديعة وقال
غصبتها لا اي لو قال المقر اعطيتني الف درهم وديعة فهلكت وقال
المالك لا بل غصبتها مني لا يضمن المقر لانه لم يقر بسبب الضمان بل اقر بالاعطا
وهو فعل المقر له فلا يكون مقرا على نفسه بسبب الضمان والمقر له يدعي عليه
سببا الضمان وهو منكر فكان القول قول المنكر والاقرار بالقبض كالاقرار
بالاخذ فيوجب الضمان والاقرار بالدفع كالاقرار بالاعطا فلا يوجب الضمان
فان قيل الاعطاء والدفع لا يكون الا بالقبض فوجب ان يكون اقرارا ه
بالقبض قلنا قد يكون هو بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك
فالمقتضى لا عموم له لانه ثابت ضرورة فيتقدر بقدر الضرورة فلا يظهر
في حق انعقاده سببا للضمان لانه غير محتاج اليه قال وان قال هذا

كان

كان وديعة لي عندك فاخذته فقال هو لي اخذه لان المقر اقر باليد له ثم بالاخذ
منه وهو سبب الضمان على ما بينا وادعى استحقاقه عليه فلا يقبل دعواه
فوجب عليه رد العين ان كان قائما والا فقيمته وكذا لو قال اقرضتك
الف درهم ثم اخذتها منك يجب على المقر دفعها اليه لما ذكرنا قال رحمه الله
وان قال اجرت بعيري او ثوبي هذا فلانا فركبه او لبسه فرده فالقول قوله
وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد القول قول من اخذ منه البعير والثوب
وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاقرار بالاعارة او الاسكان ثم اخذ منهم
وجه القياس انه اقر باليد له ثم ادعى عليه الاستحقاق فيقبل اقراره له
دون دعواه عليه فيجب عليه الرد كما في فصل الوديعة والقرض على ما مر وجه
الاستحسان ان اليد في الاجارة تثبت ضرورة استيفا المعقود عليه وهو
المنافع فلا يكون اقرارا باليد له مقصودا فلا تظهر في حق الاستحقاق على
المقر بخلاف الوديعة والقرض لان اليد فيهما مقصودة فيكون الاقرار بهما ه
اقرارا له باليد ولان المقر في الاجارة والاعارة اقر بيد ثابتة من جهته
فيكون القول قوله في كيفيتها ولم يقر بذلك في مسئلة الوديعة والقرض فانه
قال كان وديعة وقد يكون من غير صنعه بان هب فيه الهوا ويلقيه في داره
حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ
في الوديعة ونحوها وعدم ذكر الاخذ في الاجارة ونحوها خلافا لما توهمه على
العمي فانه جعل مدار الفرق ذلك وهذا لا يستقيم لانه ذكر الاخذ في الطرف



الاخر ايضا في الاقرار وذكر في النهاية انما الاختلاف بينهما اذا لم يكن الدابة
معروفة للمقر ولو كانت معروفة كان القول قوله بالاجماع وعزاه الى الاسرار
ولو قال هذا الثوب خاطه لي فلان بنصف درهم ثم قبضته منه وقال فلان
الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح والوجه ما بيناه خلافا لما توهمه
بعضهم فانهم قالوا القول قول المقر بالاجماع وليس بشي ولو قال اقتضيت من
فلان الف درهم كانت لي عليه وانكر المقر له كان القول قوله فله ان ياخذها
منه وهذا ظاهر لان القابض قد اقر بانه ملكه وانه اخذه منه اقتضاء لحقه
وهو مضمون عليه اذ الديون تقضى بامثالها اذا اقر انه اقتضى فقد اقر
بسبب الضمان ثم ادعى عليه ما يبرئه من الضمان وهو ملكه عليه بما يدعيه
من الدين مقاصة والاخر ينكر فكان القول قوله بخلاف دعوى الاجارة ه
واشباهها لانه لم يقر له فيها بالملك ولا باليد له مقصودا ولا وجد منه
ما يدل على الاقرار بوجوب ضمان المقبوض فوضح الفرق ولانا لو اخذنا الناس
في الاعارة والاجارة باقرارهم لامتنعوا منها وكان عليهم حرج بين والحاجة

والحاجة ماسة اليها فلا يؤاخذون به استحسانا دفعا للحرج ولو قال ان فلانا زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر وقال المقر له الملك ملكي وفعلت ذلك لنفسي وقال المقر بل استعنت بك ففعلت او فعلته باجر كان القول للمقر لانه لم يقر له باليد لا صريحا ولا اقتضاء وانما اقر بمجرد فعل منه وذلك ممكن من غير ثبوت يده فيه بان يفعله وهو في يد صاحبه كما جرت العادة بذلك فلا تقبل دعواه فصار كما اذا قال خاط لي هذا القميص فلان بدرهم ولم يقل قبضته منه فانه لم يكن اقرارا له باليد لتصور فعله في يد المقر في بيته بخلاف ما اذا اقر له بالسكنى في داره لان السكنى لا يكون الا باليد فيكون الاقرار له به اقرارا له باليد ولو اقر ان هذا اللبن او هذا السمن او هذا الجبن من بقرة فلان او هذا الصوف من غنمه او هذا التمر من نخلته وادعى فلان انه له امر بالدفع اليه لان الاقرار بملك الشيء اقرار بما يتولد منه لانه يملك بملك الاصل **قال** رحمه الله ولو قال هذا الالف وديعة لفلان لا بل وديعة لفلان فالالف للاول وعلى المقر مثله للثاني لانه لما اقر به للاول مع اقراره له وصار ملكا له وقوله بعد ذلك لا بل وديعة لفلان اضراب عنه ورجوع فلا يقبل قوله في حق الاول ويجب عليه ضمان مثلها للثاني لانه اقر له بها وقد اتلف عليه باقراره بها للاول فيضمن له لانه متعد باقراره للاول في حقه بخلاف ما اذا قال هي لفلان لا بل لفلان حيث لا يجب عليه للثاني لانه لم يقر له بالايداع منه وانما اقر به للاول ثم رجع وشهد به للثاني ورجوعه لا يصح وشهادته لا تقبل وفي مسئلة الكتاب اقر بالايداع من الثاني وقد عجز عن رد الوديعة بفعله فصار مستهلكا لها فيضمن وعلى هذا لو كان الالف غير معين بان قال لفلان علي الف درهم لا بل لفلان يلزمه لكل واحد منهما الف لان رجوعه عن الاول لا يصح واقراره للثاني صحيح فيلزمه لهما ولو كان المقر له واحدا بان قال لفلان علي الف درهم لا بل الفان يلزمه اكثرهما استحسانا وهو قولنا والقياس ان يجب عليه ثلاثة الاف وهو قول زفر لان كلمة لا بل رجوع عن الاول واستدراك غلط بالثاني والرجوع عن الاول لا يصح واقراره بالثاني صحيح فيلزمانه فصار كما اذا اختلف المقر له على ما بينا او اختلف جنس المالين بان قال لفلان علي الف درهم لا بل الف دينار فانه يلزمه المالان بالاجماع لما قلنا فكذا هذا ووجه الاستحسان انهما اقراران لانه لا يملك الرجوع عن الاول لكنه عند اتحاد الجنس والمقر له يمكن جعله تكرارا

كا

كما اذا اقر له مرتين بان قال لفلان علي الف درهم ثم قال له علي الفان لذلك الرجل بعينه فانه يجب عليه الفان فكذا هذا ولا يمكن ذلك عند اختلاف الجنس واختلاف المقر له لانه عند اختلاف الجنس يستحيل جعله تكرارا وعند اختلاف المقر له يكون رجوعا عن الاول والاقرار به للثاني ورجوعه لا يصح واقراره صحيح ولو كان ذلك في الوصف بان قال علي الف درهم جياد لا بل زيوف او الف زيوف لا بل جياد لزمه الجياد استحسانا لانه استدراك الغلط في الوصف فيلزمه افضل الصفتين كما يلزمه في الاستدراك في الغلط في المقدار اكثر المالين في الجنس المتحد لان الادنى داخل في الاجود كما ان الاقل داخل في الاكثر ولو قال غصبت فلانا مائة درهم ومائة دينار وكر حنطة لا بل فلانا لزمه لكل واحد منهما كله لانه اقر بالغصب منهما وهو فعل منه فلو كانت بعينها فهي للاول وعليه للثاني مثلها ولو قال غصبت من فلان الف درهم وفلانا مائة دينار وفلانا كر حنطة لا بل فلانا فانه يلزم للرابع ما اقر به للثالث لانه استدراك ورجوع عن الاخير فصح اقراره لا رجوعه

باب اقرار المريض ودين الصحة

وما لزمه في مرضه بسبب معروف قدم على ما اقر به في مرضه وقال الشافعي رحمه الله دين الصحة ودين المرض يستويان لانهما استويا في سبب الوجوب وهو الاقرار وفي محله وهو الذمة اذ هي محل الوجوب في حالة الصحة والمرض فيستويان في الوجوب وصحته لصدوره عن عقل ودين لانهما يحملانه على الصدق ويزجرانه عن الكذب وهذا المعنى لا يختلف في الصحة والمرض بل في حالة المرض يزداد رجحان جهة الصدق لان المرض سبب الورع والامانة فاذا استويا في سبب الوجوب والمحل استويا في الاستيفاء ولهذا يستويان اذا كان وجوبه بسبب معروف كالشراء بمثل القيمة وكالتزوج بمهر المثل ولنا ان الاقرار غير معتبر اذا كان فيه ابطال حق الغير الا ترى انه اذا رهن عينا او اجرها ليس له ان يتصرف فيه لما فيه من ابطال حق الغير وهنا ايضا في اقراره ذلك لان حق اصحاب الديون تعلق بماله استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة مطلقا في حقهم عند تعذر الثلث بخلاف ما اذا كان سببها معروفا كالنكاح المشاهد وغيره مما ليس من التبرعات كالبيع المشاهد واتلاف المشاهد لانه لا تهمة فيه وانما التهمة في الاقرار والبيع لا يبطل حقهم ايضا لان حقهم في المالية وهي باقية وفي النكاح ان كان يبطل لكن حقه فيه من الحوائج الاصلية كاكله وملبسه ومسكنه وثمن الادوية واجرة الطبيب ونحو ذلك فيقدم

على حق الغرماء بخلاف حالة الصحة حيث ينفذ في حق الغرماء اقراره لان حقهم
في ذمته ولم يتعلق بماله ولهذا لم يمنع من التبرعات مطلقا لقدرته على
الاكتساب وحالة المرض حالة عجز فيمنع حتى لو اقر بعين في يده لا يصح
في حق غرماء الصحة والمرض باسباب معلومة ولا يجوز للمريض ان يقضي دين
بعض الغرماء دون بعض لان فيه ابطال حق الباقين الا اذا قضى ما استقرض
في مرضه او نقد ثمن ما اشترى فيه وقد علم ذلك بالبينة لانه لم يبطل
حقهم وانما حوله من محل اخرجه عن ملكه الى محل حصله فصار كما لو رد عين
ما استقرضه الى المقرض او رد المبيع بعيب وهذا لان اخراجه عن ملكه
بما يعادله من العوض لا يعد اخراجا بخلاف ما اذا تزوج امراة واعطاها
المهر حيث يكون لهم ان يشاركوا المراة فيما قبضت وكذا اذا استاجر عبدا
او دارا وادى الاجر فانهم يشاركونه لانه اخرج عن ملكه ما تعلق به حقهم من غير عوض
يقوم مقامه في تعلق حقهم به لان المنافع لا يتعلق حقهم بها فصار كانه
قضى حق بعض الغرماء ولهم فيه ان يشاركوه فكذا هذا فان قيل يصح اقراره
بوارث اخر وفيه ابطال حق غيره من الورثة لا سيما اذا كان المقر له يحجب غيره
فوجب ان يجوز اقراره بالدين وان كان فيه ابطال حق غيره من الغرماء بالمزاحمة
ايضا بل اولى لانه ادنى من الحجب قلنا ان استحقاق الوارث المال بالنسب
والموت جميعا والاستحقاق يضاف الى اخرهما وجودا فيضاف الى الموت
ولهذا لو شهدا بالنسب قبل الموت ثم مات المشهود عليه وورث المشهود
له منه المال ثم رجعا لم يضمنا شيئا لانه ورث بالموت فاما الدين فلا يجب
بالموت بل بالاقرار فيمنع من ذلك في حقهم ودين المرض اذا كان بسببه غير معروف
لا يمنع صحة الاقرار لان احوال المرض كلها بمنزلة حالة واحدة في حق الحجر
فيستوي فيها السابق واللاحق كما ان احوال الصحة كلها بمنزلة حالة
واحدة في حق الاطلاق بخلاف حالة الصحة مع حالة المرض لانهما
مختلفان صفة من الاطلاق والحجر فيقدم دين الاطلاق على ما اقر به في حالة
الحجر كالعبد الماذون له اذا حجر عليه ثم اقر بما في يده يقبل اقراره به
ويقدم فيه دينه في حالة الاذن لما ذكرنا فكذا هذا فاذا صح اقراره
نفذ من جميع المال والقياس لا ينفذ الا من الثلث لان الشرع قصر تصرفه
على الثلث وعلق حق الورثة بالثلثين فكذا اقراره لكن ترك بالاثر
وهو ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه انه قال اذا اقر المريض بدين جاز
ذلك عليه في جميع تركته والاثر في مثله كالخبر لانه من المقدرات
فلا يدرك بالقياس فيحمل على انه سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم ولان

قضى

قضاء الدين من الحوائج الاصلية لان فيه تفريغ ذمته ورفع الحائل بينه وبين
الجنة فيقدم على حق الغرماء كسائر حوائجه على ما بينا لان شرط تعلق حقهم
الفراغ عن حقه ولهذا يتقدم كفنه عليهم **قال** رحمه الله واخر
الارث عنه اي عن الديون التي اقر بها في حال المرض لما بينا ايضا **قال**
وان اقر المريض لوارثه بطل الا ان يصدقه بقية الورثة وقال الشافعي
رحمه الله يجوز اقراره له بناء على اصله انه لا حجر عليه فيما فيه ولان رغبته
لما فيه من اظهار حق ثابت عليه وجانب الصدق راجح فيه فصار كاقراره
لاجنبي وبوارث اخر وبوديعة مستهلكة للوارث وهي معروفة بان اودعها على
رؤوس الاشهاد ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين
وقول عمر رضي الله عنه اذا اقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه
جائز وان احاط ذلك بماله وان اقر لوارث فغير جائز الا ان يصدقه الورثة
ولان فيه ايثار بعض الورثة بماله بعدما تعلق به حق جميعهم به فلا يجوز لما
فيه من ابطال حق البقية كالوصية وانما تعلق حقهم به لاستغنائه عنه
بعد الموت فلا يمكن من ابطال حقهم بالاقرار لورثته كما لا يمكن بالوصية لهم
وهو القياس في الاقرار للاجنبي الا انا تركناه لانه لو لم يقبل اقراره لامتنع
الناس عن معاملته حذرا من تواء اموالهم فيفسد عليه طريق التجارة والمداينة
فيخرج حرجا عظيما فلا يحجر عليه في حقه لحاجته الى المعاملة كما لا يحجر عليه
في حقه من التبرع الى الثلث لحاجته الى التقرب الى الله تعالى فيه بخلاف
الوارث لان المعاملة معه نادرة او يمكن التحرز عنه من غير حرج فلا يؤدي
الى سد بابها والاقرار بالنسب ليس فيه ابطال حقهم قصدا وانما يبطل
حقهم بالموت بشرط ان يتجدد سببها وفي الاقرار يبطل في الحال باقراره قصدا
فافترقا ولا تهمة في الاقرار بالوديعة المستهلكة على الصفة التي ذكرنا
فيقبل اقراره لان رده كان للتهمة فانتفى الحكم بانتفائها الا ترى انا
لو كذبناه فان وجب الضمان من ماله لانه مات مجهلا وعليه بينة فلا فائدة
في تكذيبه حتى لو كانت الوديعة غير معروفة لا يقبل اقراره باستهلاكها
الا ان يصدقه بقية الورثة لان الحجر كان لحقهم فاذا صدقوه فقد اقروا
بتقدمه عليهم فيلزمهم وكذا لو كان له دين على وارثه فاقر بقبضه لا يصح
الا ان يصدقه البقية **قال** واذا اقر لاجنبي صح وان احاط بماله
والقياس انه لا يصح اصلا كما في حق الوارث او بما زاد على الثلث كتبرعاته
وقد ذكرنا صوابه وهو وجه الاستحسان **قال** وان اقر لاجنبي ثم اقر
ببنوته ثبت نسبه وبطل اقراره وان اقر لاجنبية ثم نكحها صح بخلاف الهبة

والوصية حيث لا يصحان بها كما لا يصح للوارث وقال زفر يبطل الاقرار
لها ايضا لانها وارثة عند الموت فحصلت التهمة وهي الفرق في الباب
فصار كما اذا وهبها او اوصى لها وهي اجنبية ثم تزوجها فانها لا تجوز
وهو المراد بقوله في المختصر بخلاف الهبة والوصية ولنا ان النسب
يستند الى حالة العلوق فتبين ان البنوة كانت حالة الاقرار فلا
تهمة ولا كذلك الزوجية فانها حادثة فيكون مقتصرا على زمان التزوج
فلا يظهر ان اقراره كان باطلا لعدم الزوجية في تلك الحالة بخلاف
ما اذا وهبها شيئا او اوصى لها بشيء ثم تزوجها حيث تبطل الهبة والوصية
لها لان الوصية تمليك بعد الموت وهي وارثة حينئذ فلا تصح والهبة
في المرض وصية حتى لا تنفذ الا من الثلث على ما ياتي بيانه في الوصية ان
شاء الله تعالى وصارت كالوصية وحاصله ان الوصية لا تعتبر الا عند
الموت على كل حال واما الاقرار فلا يخلو اما ان يكون المقر له وارثا وقت
الاقرار دون الموت او كان وارثا فيهما ولم يكن وارثا فيما بينهما او لم يكن وارثا
وقت الاقرار وصار وارثا وقت الموت فان كان وارثا وقت الاقرار دون
وقت الموت بان اقر لاخيه مثلا ثم ولد له ولد يصح الاقرار لعدم كونه وارثا
وقت الموت وان كان وارثا فيهما لا فيما بينهما بان اقر لامرأته ثم ابانها وانقضت
عدتها ثم تزوجها او والى رجلا فاقر له ثم فسخ الولاء ثم عقد ثانيا لا
يجوز الاقرار عند ابي يوسف لان المقر متهم في الطلاق وفسخ الولاء ثم
عقده ثانيا وعند محمد يجوز لان شرط امتناع الاقرار ان يبقى وارثا الى
الموت بذلك السبب ولم يبق ولانه لما صار اجنبيا بعد الاقرار كان لو انشأ
في ذلك الوقت الا ترى انه لو لم يعقد ثانيا كان جائزا فكذا اذا عقد
وان لم يكن وارثا وقت الاقرار ثم صار وارثا وقت الموت ينظر فان صار
وارثا بسبب كان قائما وقت الاقرار بان اقر لاخيه وله ابن ثم مات
الابن قبل الاب لا يصح اقراره وان صار وارثا بسبب حادث كالتزوج وعقد
الولاء جاز وقال زفر لا يجوز لان الاقرار حصل للوارث حكما وقت الموت
فصار كما اذا صار وارثا بالنسب ولنا ان الاقرار حين صدر حصل للاجنبي
لا للوارث فنفذ ولزم فلا يبطل بخلاف الهبة لانها وصية وهذا تعتبر
من الثلث فيعتبر وقت الموت بخلاف ما اذا صار وارثا بالنسب بان اقر
مسلم لاخيه الكافر ثم اسلم قبل موته او كان محجوبا بالابن ثم مات
الابن حيث لا يجوز الاقرار له لان سبب الارث كان قائما وقت الاقرار
ولو اقر لوارث ثم مات المقر له ثم المريض ووارث المقر له من ورثة المريض

لم

لم يجز اقراره عند ابي يوسف لان هذا اقرار حصل للوارث ابتداء وانتهاء وقال
آخرا يجوز وهو قول محمد لانه بالموت قبل موت المريض خرج من ان يكون وارثا
وكذلك لو اقر لاجنبي ثم مات المقر له ثم المريض وورثة المقر له من ورثة
المقر لان اقراره كان للاجنبي فيتم به ثم لا يبطل بموته وكذلك لو اقر المريض
لعبد اجنبي وقال الاجنبي هو لفلان وارث المريض صح اقراره لما ذكرنا
ولو اقر لاجنبي انه حر الاصل او كان اعتقه عتق ولا شيء عليه قال
ولو اقر لمن طلقها ثلاثا فيه اي في المرض فلها الاقل من الارث ومن الدين هذا
اذا طلقها بسؤالها وان طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغا ما بلغ ولا
يصح الاقرار لها لانها وارثة اذ هو فار وقد بيناه في طلاق المريض بخلاف
ما اذا طلقها بسؤالها فانها لا ترث لكن لما اقر لها بالدين بقيا متهمين
فيه لان الزوجين قد يتفقان على الطلاق ليفتح باب الاقرار لها فيجعل
اقلهما ردا لقصدهما وعلى هذا اذا اوصى لها تعطى الاقل من ميراثها منه
ومن الوصية لما ذكرنا وقد ذكرنا المسئلة بفروعها في الطلاق قال
وان اقر بغلام مجهول يولد لمثله اي لمثل المقر انه ابنه وصدقه الغلام
ثبت نسبه ولو مريضا وشارك الورثة لان النسب من الحوائج الاصلية ولانه
ايضا اقرار على نفسه على ما بينا وليس فيه ضرر على غيره قصدا فيصح وقد
ذكرناها في الدعوى والعتاق وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه اذا
كان له نسب معروف لا يمكن ثبوته منه ولا حاجة الى اثباته لاستغنائه
به عنه وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا يكذبه الظاهر وشرط ان يصدقه
الغلام لان الحق له فلا يثبت بدون تصديقه اذا كان مميزا والكلام
فيه بخلاف ما اذا كان لا يعبر عن نفسه حيث لا يعتبر تصديقه لانه في يد
غيره وقد ذكرناه من قبل فاذا صح اقراره شارك الورثة في الميراث لانه من
ضرورات ثبوت النسب قال ويصح اقراره اي اقرار الرجل بالولد
والوالدين لانه اقرار على نفسه وليس فيه حمل النسب على الغير وشرطه
ما بينا في الابن قال والزوجة والمولى لان موجب اقراره ثبت بينهما
بتصادقهما من غير اضرار باحد فينفذ قال واقرارها اي يصح اقرار
المرأة بالوالدين والزوج والمولى لان الاصل ان اقرار الانسان على
نفسه حجة لا على غيره وباقرارها ولا يلزم فيه الا الزام نفسها فيقبل
قال وبالولد ان شهدت قابلة او صدقها الزوج اي يقبل اقرار
المرأة به بهذا الشرط لان قول القابلة حجة في تعيين الولد والنسب
يثبت بالفراش لقوله عليه السلام الولد للفراش والزوج هو صاحب

الحق فاذا صدقته فقد اقر به فلزمها بالاقرار له هذا اذا كانت ذات
زوج او معتدة وادعت ان الولد منه لان فيه تحميل النسب عليه فلا يلزمه
بقولها اما اذا لم يكن لها زوج ولا هي معتدة او كان لها وادعت ان الولد
من غيره صح اقرارها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها فينفذ عليها
وصار كما اذا ادعى هو الولد فانه لو ادعى انه ولده من امرأته لا يصدق
في حقها الا بتصديقها **قال** ولا بد من تصديق هؤلاء يعني تصديق
المقر له في جميع ما تقدم ذكره لان اقرار غيرهم لا يلزمهم لان كلا منهم
في يد نفسه الا اذا كان المقر له صغيرا في يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه
او عبدا له فيثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبدا للغير يشترط تصديق مولاه
قال وصح التصديق بعد موت المقر لا تصديق الزوج بعد موتها
يعني اذا اقر بنسب او نكاح ثم مات المقر فصدقه المقر له بعد موته صح
تصديقه الا اذا اقرت المرأة بالزوج فصدقها بعد موتها فانه لا يصح
اما الاول فلان النسب يبقى بعد الموت وكذا اقرار الزوج بالزوجية
تصدقه بعد موته لان حكم النكاح باق في حقها وهو العدة فانها من آثار النكاح
ولهذا جاز لها غسله ميتا كما في حالة الحيوة واما الثانية وهو ما اذا اقرت
للرجل بالزوجية فصدقها بعد موتها فالمذكور هنا قول ابي حنيفة وعندهما
يجوز تصديقها بعد موتها لان النكاح ينتهي بالموت ولا يبطل كالنسب والمنتهي
متقرر فيصح تصديقها وهذا لان النكاح يبقى بعد موتها في حق الارث والاقرار
قائم لان التكذيب من الزوج لم يوجد فصح التصديق في هذه الحالة فيثبت
النكاح بتصادقهما فيرث منها اذ الثابت بتصادقهما كالثابت عيانا ولهذا
لو اقام البينة بعد موتها على النكاح تقبل ولولا ان النكاح قائم في
حق الارث لما قبلت فكذا اذا صادقها يعمل فيه ايضا كالبينة ولابي حنيفة
رحمه الله ان النكاح قد انقطع بالموت ولم يبق له اثر واما الارث فحكم يثبت بعد
الموت والنكاح انما ينتهي في حق حكم كان قبل الموت واما المستقبل فالنكاح
معدوم فيه فلو صححنا الاقرار والنكاح معدوم وصححناه لاثبات الارث ابتداء
فيكون التصديق واقعا في شيء هو معدوم في الحال من كل وجه فلا يجوز
بخلاف جانبها لانه امكن جعل النكاح باقيا ببقاء اثره وهو العدة على ما
مر فان قيل اذا اقر رجل لرجل بعبد فمات العبد وترك كسبا اكتسبه
بعد الاقرار ثم صدقه المقر له استحق الكسب والارث في مسئلتنا بمنزلة
الكسب فوجب ان يصح تصديقه في حقه قلنا الكسب يقع ملكا لمالك
الرقبة من الابتداء لانه في حكم المنفعة ومن ملك الرقبة ملك منافعها حكما

تبعا

تبعا لها فيصير الاقرار بالعبد اقرارا له بان الكسب للمقر له فيصير قيامه
بمنزلة قيام العبد واما الارث فانما يثبت بعد موتها على سبيل الخلافة
عنها بسبب الزوجية لا بحكم الاقرار لان المستحق عليها بالنكاح تفوت
بموتها فيبقى تصديقه بعد ذلك دعوى ارث مبتدأ فلا يصح وهذا لان
ما اقرت به هي نكاح وما ادعاه هو بعد موتها ارث فلا يكون تصديقها
لها فيما اقرت به بل هو دعوى مبتدأة فلا يقبل دعواه بلا حجة بخلاف
ما اذا اقام البينة فانها حجة ملزمة فيثبت بها مدعاه **قال** ولو اقر
بنسب نحو الاخ والعم لم يثبت يعني اذا اقر بنسب على غيره لم يثبت من ذلك
الغير لعدم ولايته عليه وذلك مثل الاخ والعم فانه اقرار على الاب او الجد
بانه ابنه وكذا اذا اقر بالجد او بابن الابن فانه لا يصح فان فيه حمل النسب
على الغير فلا يجوز بدون اقامة البينة الا في حق نفسه حتى يلزمه الاحكام
من النفقة والحضانة والارث اذا تصادقا على ذلك لان اقرارهما
حجة عليهما **قال** فان لم يكن له وارث غيره قريب او بعيد ورثه وان كان
لا اي ان كان للمقر وارث لا يرث المقر له لان النسب لم يثبت باقراره فلا
يستحق الميراث مع وارث معروف قريبا كان ذلك الوارث كذوي الارحام
او بعيدا كمولى الموالاة واما لم يكن له وارث غيره ورثه لان اقراره حجة في
حق نفسه فيقبل عند الاضرار بغيره وهذا لانه اقر بشيئين بالنسب وباستحقاق
ماله بعده وهو في النسب مقر على غيره فيرد وفي استحقاق ماله مقر على نفسه
فيقبل عند عدم المزاحم لان له ولاية التصرف في ماله عند عدم الوارث
يضعه حيث شاء حتى كان له ان يوصي بجميع ماله فكذا له ان يجعله لهذا المقر له
لانه وصية من وجه حتى كان للمقر ان يرجع عن الاقرار لان نسبه لم يثبت فلا
يلزمه كالوصية وارث من وجه حتى لو اوصى لغيره باكثر من الثلث لا ينفذ الا
باجازة المقر له ما دام المقر مصرا على اقراره كانه وارث حقيقة **قال**
ومن مات ابوه فاقر باخ شركه في الارث ولم يثبت نسبه لما ذكرنا ان اقراره
مقبول في حق نفسه غير مقبول في حق غيره نظيره مشتري العبد اذا اقر
على البائع انه اعتقه قبل البيع لم يقبل قوله في حق البائع حتى لا
يرجع عليه بالثمن ويقبل في حق نفسه حتى يعتق العبد فاذا قبل اقراره
في حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب المقر مطلقا عندنا وعند
مالك وابن ابي ليلى يجعل اقراره شائعا في التركة فيعطي المقر من
نصيبه ما يخصه من ذلك حتى لو كان لمن مات ابوه اخ معروف فاقر باخ
آخر فكذبه اخوه المعروف فيه اعطى المقر نصف ما في يده وعندهما ثلث ما

في يده لان المقر قد اقر له بثلث شايع في النصفين فينفذ اقراره في حصته
ويبطل ما كان في حصة اخيه فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال
والسدس الاخر في نصيب اخيه يبطل اقراره فيه لما ذكرنا ونحن نقول ان
في زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم بانكاره فيجعل ما في
يده كالهالك فيكون الباقي بينهما بالسوية ولو اقر باخ ياخذ ثلث ما في
يده وعندهما ياخذ خمسه ولو اقر ابن وبنت باخ وكذبهما ابن وبنت يقسم نصيب
المقرين اخماسا وعندهما ارباعا والتخريج ظاهر ولو اقر بامراة انها
زوجة ابيه اخذت ثمن ما في يده ولو اقر بجدة هي ام الميت اخذت سدس ما في
يده فيعامل فيما في يده كما يعامل لو ثبت ما اقر به وقال في الايضاح
لو اقر احد الابنين المعروفين بزوجة للميت اخذت تسع ما في يده لان في زعم
المقر ان التركة بينهم على ستة عشر سهما للزوجة سهمان ولكل ابن سبعة
اسهم فلما اخذ اخوه الزوجة في زعمهما صار ذلك كالهالك فيضرب هي
بقدر حقها وهو سهمان ويضرب للابن بقدر حقه وهو سبعة اسهم فيحصل
لها سهمان من تسعة وله سبعة وعلى قول مالك وابن ابي ليلى لها ثمن ما في
يده لان اقراره انما يصح في نصيبه واحد يعني من ستة عشر وله سبعة اسهم .
قال ولو ترك ابنين وله على اخر مائة فاقر احدهما بقبض ابيه خمسين
منه فلا شي للمقر وللاخر خمسون لان الاقرار باستيفاء الدين اقرار بالدين
على الميت لان المقبوض غير الدين فيكون مضمونا على القابض دينا في ذمته
ثم يتقاصان فاذا كذبه اخوه انصرف عليه فينفذ في حصة خاصة فوجب
على الميت خمسون درهما على زعمه فالدين مقدم على الميراث واستغرق نصيبه
فلا ياخذ منه شيا كما اذا اقر عليه بدين اخر وكذبه اخوه وليس له ان يشارك
اخاه في الخمسين واذ تصادقا على انه مشترك بينهما لانه لو رجع المقر على
اخيه لرجع اخوه على الغريم بما بقي من الدين على زعمه ثم يرجع الغريم على المقر
بما زاد على الخمسين مما اخذ من اخيه المكذب لان الوارث لا ياخذ شيا
الا بعد قضاء الدين فيؤدي الى الدور وعلى مذهب ابن ابي ليلى ان المقر
يحصل له نصف الخمسين لانه يصرف الاقرار الى الكل شايعا لانه اقر على
نفسه وعلى اخيه فاقراره في حقه مقبول فيصح وفي حق اخيه لا يقبل
فلا يصح ولو اقر ان اباه قبض كل الدين والمسالة بحالها كان جوابه
كالاولى الا انه هنا يحلف المنكر بحق المدين بالله ما يعلم انه قبض الدين
فان نكل برات ذمته وان حلف دفع اليه نصيبه بخلاف المسالة الاولى
حيث لا يحلف لحق الغريم لان حقه كله يحصل له من جهة المقر فلا حاجة

الى تحليفه وهنا لم يحصل له الا النصف فيحلفه ولو ترك الميت في هذه
الصورة مائة اخرى غير الدين والمسالة بحالها فاقتسماها رجع المكذب
على الغريم بنصيبه من المائة الدين لما قلنا وللغريم ان يحلفه لما بينا فان
نكل برات ذمته وان حلف اخذ نصيبه وهو خمسون درهما من الغريم ثم يرجع الغريم
بذلك على المقر باخذه منه من نصيبه من التركة لانه لما اقر بقبض نصيب
ابيه المائة فقد اقر عليه بالدين والدين مقدم على الميراث على الوجه الذي
بيناه .

كتاب الصلح

هو عقد يرفع
النزاع هذا في الشرع وفي اللغة اسم بمعنى المصالحة وهو المسالمة نحو
عقد يرفع خلاف المخاصمة واصله من الصلاح وهو ضد الفساد ومعناه
دال على حسنه الذاتي وكم من فساد انقلب به الى الصلاح لحسنه ولهذا
امر الله تعالى به عند حصول الفساد والفتن بقوله تعالى وان طائفتان
من المومنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما وقال تعالى وان امراة خافت من
بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح
خير قالوا معناه جنس الصلح خير ولا يعود الى الصلح المذكور لانه خرج
مخرج التعليل والعلة لا تتقيد بمحل الحكم فيعلم بهذا ان جميع انواعه
حسن لان فيه اطفاء النائرة بين الناس ورفع المنازعات الموبقات فهي
وهي ضد المصالحة وهي منهي عنها بقوله تعالى ولا تنازعوا فتفشلوا وفي
ترك الصلح ذلك لان طلب جميع ما يستحقه ربما يؤدي الى الانكار لا سيما
عند الاعسار وفيه فساد عظيم بعد الانكار فان المدعي اذا اقام البينة
تكثر العداوة ويهيج الفتن بين المدعى عليه والمدعي والشهود والقاضي
والى هذا اشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله ردوا الخصوم كي يصطلحوا
وقال ابو منصور الماتريدي رحمه الله لا يعمل الشيطان في ايقاع العداوة
والبغضاء بين ادم مثل ما يعمل من ابطال الصلح على الانكار وهذا اصح
لان في منع هذا الصلح فتح باب المنازعات واثارة النائرات بين
الناس واقامة الفتن والمكايدات الا ترى الى ما حكي ان فتنة وقعت
في قبيلة بسبب تهمة غلام فيها حتى قتل منهم اربعون الفا .
فامتد الحرب بينهم الى ان وقع الصلح فانطفت النائرة ولان العقود
انما شرعت للحاجة والحاجة اليه امس لدفع الشر فكان اولى به قال
رحمه الله وهو جائز باقرار وسكوت وانكار لاطلاق ما تلونا وما رويناه
وما بينا من المعنى ولقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا
صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي لا يجوز مع الانكار والسكوت

لما روينا وهذا لان الصفقة لان البدل كان حلالا للدافع حراما على
الآخذ فبالصلح ينعكس الامر فيكون حراما على الدافع حلالا على الآخذ
او نقول ان المدعي ان كان محقا كان اخذ المدعا حلالا له قبل الصلح
وحرم عليه بالصلح وان كان مبطلا فقد كان اخذ المال على الدعوى الباطلة
حراما عليه قبل الصلح وحل له بالصلح فصار صلحا احل حراما ولان المدعا
عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه وهذا رشوة فاذا كان للتمليك
رشوة كان التمليك فقبول الرشوة اذ لا يملك الا من الجهة التي ملك فيكون
المدعا عليه دافعا للضرر الظلم والمدعي اخذا لترك الظلم قلنا ليس
هذا مراد النبي صلى الله عليه وسلم لان ذلك موجود في الصلح مع الاقرار
ايضا لان الصلح يقع عادة على ما دون حقه فاذا دفع المأخوذ الى غارم
حقه كان حلالا للمدعي اخذه قبل الصلح وحرم عليه بالصلح وكان حراما
على المدعي عليه منعه قبل الصلح وحل له بعده ولو كان المراد هذا المعنى
لامتنع مطلقا بل البيع ايضا يكون حراما بهذا الاعتبار لان كل واحد
من المتبايعين ماله كان حلالا له قبل البيع ويحرم عليه بالبيع وكذا سائر
العقود المشروعة فيؤدي هذا الى تحريم اسباب الملك باسرها وانما
مراده عليه السلام ان يستباح بالصلح ما ليس بمباح شرعا او يحرم ما ليس
بحرام وذلك مثل ان يصالح على الخمر او الخنزير او يصالح احد الضرتين زوجها
على ان لا يطأ الاخرى او امته فيحرم عليه على زعمهم بالصلح وهذا ظاهر
لانه عليه السلام ذكر الحرام والحلال مطلقا والمطلق منهما ينصرف الى
الكامل وذلك بان يكون حراما او حلالا لعينه وقوله رشوة وقلنا
قبول الرشوة الى آخره لا نسلم بل هو في زعم المدعي عوض عن حقه او بدله
فهو حلال له اخذه واكله وفي حق المدعي عليه لافتداء اليمين ودفع
الشر عن نفسه وهو ايضا حلال له لان المال لم يخلق الا لذلك ولهذا
قال ابو حنيفة ان اجوز ما يكون من الصلح الصلح على الانكار لان معنى
الصلح فيه يتحقق على التمام وهو قطع المنازعة والخصومة والفساد
الذي يتولد منها واما مع الاقرار فلا يوجد فيه معنى الصلح على التمام
اذ ليس فيه منازعة حتى يحتاج فيه الى الصلح بل هو استيفاء لبعض حقه
واسقاط للباقي ان اخذ بعض حقه من جنسه وان اخذ من خلافه فهو بيع
عن طوع منه واختيار ولو قلنا انه رشوة فهي جائزة للدافع لدفع الظلم
عن نفسه وما جاء فيها من الذم من قوله عليه السلام لعن الله الراشي والمرتشي
المراد به اذا كان عونا لظالم فيدفعها الى بعض الظلمة من ولاة الامور

ليستعين

ليستعين به على الظلم بالرشوة واما لدفع الضرر عن نفسه فلا شبهة فيه
حتى روي عن ابي يوسف انه اجاز ذلك للوصي من مال اليتيم ايضا لدفع الضرر
عن اليتيم الا ترى ان الخضر عليه السلام خرق السفينة كيلا يأخذها
الظالم وما كان مراده بذلك الا الاصلاح والله يعلم المفسد من المصلح وقوله
اذ لا يملك الا من الجهة التي ملك قلنا لا نسلم اتحاد جهة التمليك بل قد يختلف
الجهة بينهما فان من اقر بعتق عبد غيره ثم اشتراه فانه بيع في حق البائع حتى يجب
المشتري على الثمن وفداء في حق المشتري اذ لا بيع بينهما على زعمه وقبلة كل
واحد من الجماعة في التحري ما ادى اليه اجتهاده والخلع يمين في حقه معاوضة
في حقها وكذا الفسخ بالاقالة فانها بيع في حق ثالث فسخ في حق المتعاقدين
قال فان وقع عن مال بمال باقرار اعتبر بيعا لان معنى البيع قد وجد فيه
وهو مبادلة المال بالمال عن تراض فيجري فيه احكام البيوع وهذا لان الاصل
ان يحمل على اشبه العقود له فيجري عليه احكامه لان العبرة للمعاني دون
الصور ولهذا جعلت الهبة بشرط العوض بيعا والكفالة بشرط براءة الاصيل
حوالة والحوالة بشرط ان لا يبرأ الاصيل كفالة ثم اذا وقع عن مال بمال
ينظر فان وقع على خلاف جنس المدعي فهو بيع وشراء كما ذكرنا وان وقع على جنسه
فان كان باقل من المدعي فهو حط وابراء وان كان بمثله فهو قبض واستيفاء
وان كان باكثر منه فهو فضل وربا قال فيثبت به الشفعة والرد بالعيب وخيار
الرؤية والشرط لان هذه الاشياء من احكام البيع فتثبت فيه قال ويفسده
جهالة البدل اي الذي وقع عليه الصلح لا جهالة المصالح عنه لانه
بيع فيفسد بالجهالة المانعة من التسليم والتسلم غير ان المصالح عنه
لا يحتاج فيه الى تسليمه فلا تضره الجهالة والذي وقع عليه الصلح يحتاج
الى تسليمه فيفسد ولهذا اذا كان البدل غير محتاج الى التسليم يفسد دون
المصالح عنه لانه يسقط فلا يحتاج الى تسليمه فلا تفضي الى المنازعة وكذا
يفسد بجهالة الاجل اذا جعل البدل مؤجلا قال وان استحق بعض المصالح
عليه او بعضه رجع بكل المصالح عنه او ببعضه لان كل واحد منهما عوض
عن الآخر فاذا ما استحق عليه ما اخذ رجع بما دفع ان كلا فبالكل وان بعضا
فبالبعض بحصته لانه حكم المعاوضة قال وان وقع عن مال بمنفعة
اعتبر اجارة يعني الصلح باقرار ان وقع عن مال بمنفعة يكون اجارة لما
ذكرنا انه يحمل على اشبه العقود له اذ العبرة للمعاني فوجب حمله عليها لوجود
معناها فيه وهو تمليك المنافع بعوض قال فيشترط التوقيت
ويبطل بموت احدهما لانه اجارة وهذا حكمها على ما عرف في موضعه وانما

يشترط التوقيت في الاجير الخاص بان ادعى شيئا فوقع الصلح على خدمة العبد او
سكنى سنة وفيما عداه لا يشترط التوقيت كما اذا صالحه على صبغ الثوب او
ركوب الدابة او حمل الطعام الى موضع ولو مات احدهما او هلك محل المنفعة
قبل الاستيفا بطل الصلح فيرجع بالمدعا ولو كان ذلك بعد استيفا بعض
المنفعة بطل فيما بقي ويرجع بالمدعا بقدره وهذا كله قول محمد رحمه الله وهو
القياس لانه اجارة وهي تبطل بذلك وقال ابو يوسف لا يبطل الصلح بموت
المدعا عليه بل المدعي يستوفي المنافع على حاله وان مات المدعي فكذلك
في خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه فيهما ويبطل في ركوب
الدابة ولبس الثوب لان الصلح لقطع المنازعة وفي ابطاله بموت احدهما
اعادة المنازعة فيبقى فيما لا يتفاوت الناس فيه مطلقا لانه يمكن
الاستيفا فيه اما باستمرار العقد او باقامة وارثه مقامه وفيما يتفاوتون
فيه كلبس الثياب وركوب الدابة ان مات المدعا عليه يبقى لامكان
الاستيفا بالاستمرار وان مات المدعي يبطل لتعذر اقامة الوارث مقامه
فيه لانه يتضرر المالك بذلك وان قتل العبد تبطل الصلح عند محمد
مطلقا كالاجارة لانه اجارة على ما بينا وعند ابي يوسف لا يبطل فان
قتله المدعي او الاجنبي يضمن قيمته ويشتري بقيمته عبدا فيخدمه كما اذا
قتل العبد الموصى بخدمته ولكن يثبت له الخيار لاحتمال الاختلاف
بينهما في الخدمة فالرضى بالاول لا يكون رضا بالثاني وان قتله المدعا
عليه يبطل بالاجماع لان المولى لا يضمن عبد نفسه فصار كما اذا مات
حتف انفه او اعتقه المولى بخلاف المرهون حيث يجب على المولى الضمان
بالاتلاف والعتق لانه فوت الاستيفا الحاصل بعقد الرهن والقبض
قال والصلح عن سكوت او انكار فدا لليمين في حق المنكر ومعاوضة
في حق المدعي لما بينا ويجوز ان يكون لشيء واحد حكمان مختلفان باعتبار
شخصين كالنكاح موجب الحل في المتناكحين والحرمة في اصولهما فيواخذ
كل واحد منهما بما يزعم وهذا في الانكار ظاهر لانه تبين بالانكار ان ما يعطيه
لقطع الخصومة وفدا لليمين وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والانكار
لكن جهة الانكار راجحة اذ الاصل فراغ الذمم فلا يجب عليه بالشك ولا
يثبت به كون ما في يد الساكت عوضا عما دفع بالشك قال
ولا شفعة ان صالحا عن دارها وتجب لو صالحا على دارها اي المنكر
والساكت اذا ادعى على كل واحد منهما دارا فصالح عنها بدفع شيء اخر
لم يجب في داره الشفعة لانه يدعي انها داره وانه يستبقيها على ما كانت

له

له وان المدفوع الى المدعي ليس بعوض عنها وانما هو لافتدا اليمين وقطع
الخصومة ولو ادعى على كل واحد منهما بشيء فصالح عنه على دار فدفعها
الى المدعي وجبت فيها الشفعة لان المدعي يدعي انه ياخذها عوضا عما
ادعى فكان معاوضة على زعمه فيجب فيها الشفعة لان كل انسان
يواخذ بزعمه حتى لو ادعى عليه دارا فانكر فصالحه عنها على دار اخرى وجبت
الشفعة في التي صالح عليها دون الاخرى لما ذكرنا وانكار الاخر المعاوضة
لا يمنع وجوب الشفعة فيها الا ترى ان رجلا لو قال انا اشتريت هذه
الدار من فلان وفلان ينكر ياخذها الشفيع بالشفعة وكذا لو ادعى
انه باع داره من فلان وهو ينكر ياخذها الشفيع منه بالشفعة لان
زعمه حجة في حق نفسه قال ولو استحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصو
ورد البدل او بعضه فبقدره يعني لو ادعى رجل على شخص شيئا فانكر ثم
صالحه على شيء اخر ثم استحق المدعا كله او بعضه رد المدعي العوض الذي
اخذه كله او بعضه قدر ما استحق على المدعا عليه ورجع هو بالخصومة
مع المستحق لانه اخذ على زعمه عوضا عما ادعا فاذا استحق ذلك لا يرجع
عليه المدعا عليه بنا على زعمه كانه اشتراه منه ولان المدعا عليه لم
يدفع العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه ليبقى المدعى في يده من غير
خصومة احد فاذا استحق لم يحصل له مقصوده وتبين ايضا ان المدعي
لم يكن له خصومة فرجع عليه فصار نظيرها اذا ادى المكفول عنه المال
الى الكفيل ليقضي الدين من عنده ويكون له ذلك ثم قضى المكفول عنه الدين
رجع على الكفيل بما اعطاه لان غرضه لم يحصل له وانما يرجع المدعي
بالخصومة لان المستحق قام مقام المدعا عليه حتى اخذ المدعا منه فيكون
له ان يخاصمه قال ولو استحق المصالح عليه او بعضه رجع الى الدعوى
في كله ان استحق كل العوض او في بعضه ان استحق البعض لان المدعي ما ترك
الدعوى الا ليسلم له البدل فاذا لم يسلم له رجع بالمبدل وهو الدعوى
بخلاف ما اذا وقع الصلح بلفظ البيع بان قال احدهما بعتك هذا الشيء
بهذا او قال الاخر اشتريت حيث يرجع المدعي عند الاستحقاق على المدعا
عليه بالمدعا نفسه لا بالدعوى لان اقدام المدعا عليه على المبايعة
اقرار منه بان المدعا ملك المدعي فلا يعتبر انكاره بخلاف الصلح لانه لم
يوجد منه ما يدل على انه اقر بالملك له اذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة
قال وهلاك البدل للصلح قبل التسليم كاستحقاقه في الفصلين
اي في فصل الاقرار وفي فصل الانكار والسكوت فاذا كان كاستحقاقه

تبطل به الصلح لان هلاك البدل في البيع يبطل البيع فكذا هذا وهذا
في فصل الاقرار ظاهر لانه بيع حقيقة على ما مر وكذا في فصل الانكار
والسكوت لانه بيع في حق المدعي فيبطل بهلاكه فلو هلك بعضه يكون
كاستحقاق بعضه حتى يبطل الصلح في قدره ويبقى في الباقي كما في الاستحقاق
وهذا اذا كان البدل مما يتعين بالتعيين واما اذا كان مما لا يتعين بالتعيين
كالدراهم والدنانير لا يبطل بهلاكه لانهما لا يتعينان في العقود والفسوخ
فلا يتعلق العقد بهما عند الاشارة اليهما وانما يتعلق بمثلهما في الذمة
فلا يتصور فيه الهلاك **فصل** الصلح جائز من احكام دعوى
المال لانه في معنى البيع في حقهما ان وقع عنه بمال عن اقرار او في حق المدعي
وحده ان وقع عن انكار وسكوت وفي حق الاخر لافتداء اليمين وقطع
الخصومة او في معنى الاجارة ان وقع عنه بمنافع وكل ذلك جائز على ما بينا
قال والمنفعة يعني الصلح عن دعوى المنفعة ايضا جائز ويكون
بمعنى الاجارة ان وقع عنه بمال او بمنافع لان المنافع يجوز اخذ العوض عنها بعقد
الاجارة فكذا بعقد الصلح الا ترى ان الورثة لو صالحوا الموصى له بالخدمة
على مال او منفعة جاز وهذا اولى لكونه معلوما لان المعاملة متناهية
لكن انما يجوز الصلح عن المنافع على المنفعة اذا كانا مختلفي الجنسين بان
يصالح عن السكنى على خدمة العبد او زراعة الارض او لبس الثياب اما اذا
اتحد جنسهما كما اذا صالح عن السكنى على السكنى او عن الزراعة على الزراعة
فلا يجوز لانه لا يجوز استيجار المنفعة بجنسها من المنافع فكذا الصلح وعند
اختلاف الجنس يجوز استيجارها بالمنفعة فكذا الصلح **قال** والجناية
يعني الصلح جائز عن دعوى الجناية وهذا اللفظ يتناول الجناية
على النفس وما دونها عمدا كان او خطا سواء كان عن اقرار او انكار او سكوت
اما العمد في النفس فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء فاتباع بالمعروف
قال ابن عباس والضحاك والحسن نزلت الاية في الصلح عن دم العمد ومعناها
من بذل له بدل اخيه المقتول مالا وذلك لا يكون الا بالصلح ولانه حق
ثابت في المحل فيجوز اخذ العوض عنه كملك النكاح وما جاز
ان يكون مهرا جاز ان يكون بدل الصلح وذلك مثل الاموال المعلومة
والمنافع المعلومة وما لا يصلح مهرا لا يصلح بدلا من القود مثل الخمر
والخنزير لكن في النكاح يجب مهر المثل لان النكاح لم يشرع بلا مال
والعفو مشروع بدونه مندوب اليه ولهذا لو لم يسم شيئا فيهما يجب في النكاح
مهر المثل لان البضع متقوم حالة الدخول ومهر المثل قيمة له لانه موجب

الموجب الاصلي وفي العفو عن القود لا يجب شيء لانه لا يتقوم الا بالتقويم ولم
يوجد وهذا لان التقويم يكون بقيام غيره مقامه والقصاص لا يقوم
غيره مقامه اذ لا مماثلة غير ان الشرع اجاز اخذ العوض عنه عند ابتغائهما
فجاز اخذه بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يجوز اخذه
لانه لا حق له في المحل بل هو ملك المشتري وانما له ان يتملك ان شاء
وذلك مجرد خيار فلا يجوز اخذ العوض عنه كخيار المخيرة وخيار الشرط
والروية وخيار العيب وكالكفالة بالنفس ثم اذا فسدت التسمية في
الصلح كما اذا صالح على دابة او ثوب غير معين تجب الدية لان الولي
لم يرض بسقوط حقه مجانا فيصار الى موجبه الاصلي بخلاف ما اذا لم
يسم شيئا او سمى الخمر ونحوه حيث لا يجب شيء اصلا لما ذكرنا وتسقط القصاص
لان اقدامه على الصلح يتضمن الابراء عنه وكذا الخيارات التي ذكرناها
والشفعة تسقط لما ذكرنا واختلفوا في سقوط الكفالة به قيل تسقط
لما ذكرنا وقيل لا تسقط لان الكفالة بالنفس وسيلة الى المال غالبا
واخذه حكمه فلا يسقط ما لم يحصل غرضه بخلاف ما ذكرنا من الخيار والقصاص
واما الخطا في النفس فلان موجبه المال والصلح عن دعواه جائز
على ما ذكرنا الا انه لا تصح الزيادة على قدر الدية اذا وقع الصلح على احد
مقادير الدية للربا كما لا يجوز الصلح على اكثر من الدين من جنسه في دعوى
الدين بخلاف الصلح عن القود حيث يجوز الزيادة فيه على قدر الدية
وكذا على الاقل وان كان اقل من عشرة دراهم لانه لا موجب له في المال
وانما يجب بالعقد فيتقدر بتقديرهما بخلاف النكاح حيث لا يجوز تسمية
ما دون العشرة فيه لانه مقدر به شرعا ولو وقع الصلح على غير مقادير
الدية جاز كيف ما كان لعدم الزيادة الا انه يشترط القبض في المجلس
ان كان ما وقع عليه الصلح دينا في الذمة كيلا يكون افتراقا عن دين
بدين ولو قضى القاضي باحد مقادير الدية فصالح عن الدية جنس اخر
منها بالزيادة جاز لان الحق تعين فيه بالقضاء فكان غيره من مقادير
الدية فصالح لجنس اخر فامكن الحمل على المعاوضة بخلاف الصلح عليه
ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة قضاء القاضي فكما لا يجوز
للقاضي ان يقضي بالزيادة على الدية من جنسه لا يجوز لهما الاصطلاح
واصطلحا عليها لما يلزم من الربا على ما ذكرنا ولو صالح على خمر فسد
الصلح ووجب عليه الدية لان هذا صلح عن مال فيكون نظير الصلح
عن سائر الديون وما دون النفس معتبر بالنفس فيلحق ما يوجب القصاص

فيه بالعمد في النفس وما يوجب المال فيه بالخطأ فيهما لا يختلف هذا
الحكم في هذه الأشياء بين أن يكون عن إقرار وإنكار وسكوت لما ذكرنا
من المعنى وإنما يختلف فيما بينا الحسب من معاوضة أو افتداء اليمين
قال بخلاف الحد أي بخلاف ما إذا صالح عن دعوى حد بأن دفع
الزاني أو شارب الخمر أو القاذف فصالح هو الدافع حتى يترك الدعوى
لا يجوز الصلح فله أن يرجع بما دفع لأن الحدود حق الله تعالى لا حق الدافع
والاعتياض عن حق الغير لا يجوز ولهذا لو ادعت المرأة أن هذا ولدها
من زوجها المطلق فأنكر وصالحها على شيء حتى تترك الدعوى كان الصلح
باطلا لأن النسب حق الولد وكذا لو كان لرجل ظلة أو كنيف على طريق
العامة فخاصمه رجل على نقضه فصالحه على شيء كان الصلح باطلا
لأن الحق في الطريق النافذ لجماعة المسلمين فلا يجوز أن يصالح واحدا
على الانفراد بخلاف ما إذا صالح الإمام عنه على مال حيث يجوز لأن للإمام
ولاية عامة وله أن يتصرف في مصالحهم فإذا رأى في ذلك مصلحة
ينفذ لأن الاعتياض من المشترك العام جائز من الإمام ولهذا لو باع
شيئا من بيت المال صح بيعه وبخلاف ما إذا كان ذلك في طريق غير نافذ
فصالحه رجل من أهل الطريق حيث يجوز في حقه لأن الطريق مملوكة
لأهلها فظهر في حق الأفراد والصلح معه مفيد لأنه يسقط به حقه
ثم يتوصل إلى تحصيل رضى الباقين فيجوز **قال** ومن النكاح أي
يجوز الصلح عن دعوى النكاح هذا إذا كان الرجل هو المدعي والمرأة
تنكر لأنه أمكن اعتبار التصحيح فيه بأن يجعل في حقه في معنى الخلع لأن
أخذ المال عن ترك البضع خلع والصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه
على ما مر ذكره وفي حقها لافتداء اليمين وقطع الخصومة وكان صحيحا
وإن كانت هي المدعية والزوج ينكر ذكر في بعض نسخ المختصر للقدوري
أنه لا يجوز لأنه لو جعل ترك الدعوى منها طلاقا فالزوج لا يعطي
العوض في الفرقة إذ لم يسلم له شيء في هذه الفرقة وهي يسلم لها المال
والنفس وإن لم يجعل فرقة فالحال بعد الصلح على ما كان عليه قبله
فيكون هي على دعواها فلا يكون هذا الصلح مفيدا قطع الخصومة
فلا يصار إليه وذكر في بعضها أنه يجوز لأنه يجعل كأنه زادها على مهرها
ثم خالعها على أصل المهر دون الزيادة فيسقط المهر غير الزيادة
قال ودا الرق وكان عتقا على مال يعني الصلح جائز عن دعوى
الرق وكان في حق المدعي بمعنى العتق على مال وفي حق الآخر لدفع

الخصومة

الخصومة لأنه أمكن تصحيحه بهذا الاعتبار فجاز ولهذا يقع على حيوان في
الذمة إلى أجل كالكتابة اعتبارا لزعم المدعي فإن الحيوان يثبت في الذمة
في معاوضة المال بغير المال كالنكاح والخلع غير أنه لا ولاء له عليه لأنه
ينكر العتق ويدعي أنه حر الأصل إلا أن يقيم المدعي البينة بعد ذلك فتقبل
بينته في حق ثبوت الولاء عليه لا غير حتى لا يكون رقيقا لأنه حصل معتقا
بالصلح فلا يعود رقيقا وكذا في كل موضع أقام بينته بعد الصلح بحق
المدعي لأنه بأخذ البدل باختياره نزل بائعا وكل موضع وقع فيه الصلح
والمدعي كاذب فيه لا يحل له فيما بينه وبين الله تعالى أخذ العوض عنه ونظيره
المقر له إذا كان يعرف أن المقر كاذب لا يحل له إلا إذا سلمه إليه بطيبة نفسه
فيكون حينئذ هبة مبتدأة فيطيب له **قال** وإن قتل العبد المأذون
له رجلا عمدا لم يجز صلحه عن نفسه وإن قتل عبد له رجلا عمدا فصالحه عنه
جاز أي لو صالح العبد المأذون له ولي المقتول عن عبده جاز وعن نفسه
لا يجوز وإنما جاز عن عبده دون نفسه لأن المأذون له لا يجوز له أن يتصرف
إلا فيما هو من باب التجارة ولا ينفذ تصرفه في غيره وتصرفه في نفسه ليس من
التجارة ولا ينفذ في حق المولى إذا كان بعوض لأنه تصرف في مال الغير بغير
إذنه وهو المولى ولهذا لا يجوز له أن يبيع نفسه ويصح منه ويمين الولي حتى
لا يجوز له قتله بعد العفو لأنه مكلف فيصح تصرفه في نفسه ولا يجب عليه
البدل للحال لأنه وما في يده مال المولى ويتأخر إلى ما بعد العتق كالأمة
إذا طلقها زوجها على مال فقبلت وقع عليها الطلاق بائنا لأنه بعوض
ويجب عليها المال بعد العتق كأنه طلق أو صالح على دين مؤجل وتصرفه
في عبده من باب التجارة لأن استخلاصه كشرائه لأنه باستحقاقه القتل
صار كالزائل عن ملكه ولو خرج عن ملكه كان له أن يشتريه فكذا له
أن يستخلصه بخلاف المكاتب حيث يجوز له أن يصالح عن نفسه لأنه كالحر
لخروجه عن يد المولى ولهذا لو ادعى أحد رقبته كان هو الخصم فيه وإذا جني
عليه كان الأرش له وكذا إذا قتل لا يكون قيمته للمولى بل لورثته
حتى تؤدى بها كتابته ويحكم بحريته في آخر حياته ويكون الفضل لهم فصار
كالحر فيجوز صلحه عن نفسه **قال** ولو صالح عن المغصوب المتلف
بما زاد على قيمته أو على عرض صح ولو أعتق موسر عبدا مشتركا فصالح
الشريك على أكثر من نصف قيمته لا وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال
أبو يوسف ومحمد لا يجوز الصلح في المغصوب أيضا على أكثر من قيمته بما لا يتغابن
الناس في مثله لأن القيمة هي الواجبة في ضمان العدوان لأنها هي التي

يمكن وجوبها في الذمة دون العين اذ العين ليست من ذوات الامثال فيكون
ما وقع عليه الصلح بمقابلة ما وجب في الذمة وهي القيمة لا بمقابلة
العين فيصير ما زاد عليها ربا وهذا لان العين قد هلكت ولم تبق لها اثر
فلا يمكن ان يقابلها شيء ولو امكن لجاز بيعها فصار بمقابلة القيمة ضرورة
وهي مقدرة فلا تجوز الزيادة عليها كما قلنا في الصلح عن قتل الخطا .
وضمان العتق لا تجوز الزيادة على مقادير الدية وعلى نصف القيمة فصار
كما اذا حكم الحاكم بالقيمة ولهذا لو صالح على شيء موصوف في الذمة غير الدراهم
والدنانير الى اجل لا يجوز ولو كان بدلا عن العين لجاز ولابي حنيفة رحمه
الله ان الضمان بدل عن العين المستهلكة فيجوز بالغا ما بلغ كما اذا كانت
قائمة حقيقة وهذا لان الواجب في ذمته المثل من كل وجه وذلك هو المثل
صورة ومعنى ولهذا يجب عليه ذلك في المقدرات فكذا في العين لان
وجوبها في الذمة ممكن الا ترى ان الحيوان والثياب وغيرها من غير المقدرات
يجب في الذمة في النكاح والكتابة والخلع والدية وفي كل ما هو مقابلة
مال بغير مال فكذا في المغصوب اذ لا تعذر في نفس الوجوب الا ان عند
الاخذ يصار الى القيمة ضرورة ان اخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن لان
الاخذ يصار الى القيمة ضرورة ان اخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن لان الا
والدافع لا يعرفان حقيقة ذلك لما فيه من التفاوت الفاحش ولا ضرورة
في حق الوجوب لان الموجب هو الله وهو عالم به وكان الواجب مثله فاذا
اخذ عوضا اكثر من قيمته لا يكون ربا لانه ليس من اموال الربا كما في حال قيام
العين او نقول ان العين بعد الهلاك باقية على ملك المغصوب منه ما لم
يضمنه او يستقر حقه في القيمة بحكم الحاكم الا ترى انه لو اختار ترك التضمين
بقي العين في ملكه حتى يجب الكفن عليه ولو كان ابقا فعاد من اباقه كان
مملوكا له فاذا كان كذلك فالضمان يكون هو ثمنا عن العين ولا ربوا فيهما
كما في حال قيام العين او نقول ان الواجب في الاصل رد العين لقوله
عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وانما يصار الى القيمة عند الضرورة
وهي في حق الاخذ ولا ضرورة في اخذ ما يأخذ بدلا عن القيمة لانه كان
حصله بدلا عن العين والدية مقدرة شرعا على ما بينا وكذا ضمان العتق .
منصوص عليه فيكون مقدرا فلا تجوز الزيادة عليه لان تقدير الشرع
فوق تقدير القاضي وبه يتقرر فكذا ما هو فوقه وانما لا يجوز الصلح على موصوف
في الذمة غير النقدين الى اجل لان المستهلك لا يتوقف على اثره وما لا يتوقف
على اثره يكون في حكم الدين والافتراق عن دين بدين لا يجوز فكيف اذا كان

موصلا

موجلا حتى لو لم يكن موجلا وقبضه في المجلس جاز ولو كان ذلك بدلا
عن القيمة لما جاز الا اذا كان معينا لانه يكون مبيعا حينئذ وبيع ما ليس
عند الانسان لا يجوز في غير السلم ولو وقع الصلح على عرض جاز في جميع ما ذكرنا
من المقدرات لانه ليس عين الواجب وانما هو بدل عنه بالاجماع قال
ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عليه ما لم يضمنه
بل يلزم الموكل اذا صالح عنه عن انكار او سكوت او عن اقرار في دم عمدا وفيما
لا يحمل على المعاوضة كالصلح عن بعض الدين لان الوكيل في هذه الاشياء
سفير ومعبر وهذا لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق وكذا في
الصلح عن القود واما الصلح عن بعض الدين فاسقاط محض فصارت هذه الاشياء
بمنزلة الطلاق على مال ولهذا جاز هذا الصلح من الاجنبي كما يجوز الخلع
منه فلا يلزم الوكيل شيء الا بالالتزام كالوكيل في النكاح غير انه اذا ضمن
هنا وادى عنه رجع على الموكل وفي النكاح لا يرجع لان الامر بالصلح عنه امر
بالاداء عنه ليفيده الامر فائدته اذ الصلح عنه جائز بغير امره فكان فائدة امره
الرجوع عليه اذا ضمن عنه بخلاف النكاح لانه لا ينفذ عليه من الاجنبي فكان
فائدة الامر فيه الجواز ثم ان ضمن بعد ذلك وادى يكون متبرعا والامر بالخلع
مثل الامر بالصلح حتى يرجع على الامر ان ضمن وادى عنه واما اذا صالح عنه
فيما يحمل على المعاوضة فان كان عن مال بمال عن اقرار فان الوكيل يلزمه ما
صالح عليه ثم يرجع به على الموكل لان الوكيل اصيل في المعاوضة المالية
فترجع الحقوق اليه دون الموكل فيطالب هو بالعوض دون الموكل قال
وان صالح عنه بلا امر صح ان ضمن المال او اضافه الى ماله او قال على الف
وسلم والا توقف فان اجازه المدعا عليه جاز والا بطل وهذه المسئلة
على اربعة اوجه لانه لا يخلو اما ان ضمن المال او لا فان لم يضمن لا يخلو اما
ان اضاف الذي وقع عليه الصلح الى نفسه او لا فان لم يضف فلا يخلو اما
ان سلم العوض اولا فالصلح جائز في الوجوه كلها الا الوجه الاخير وهو
ما اذا لم يضمن البدل ولم يضفه الى نفسه ولم يسلمه الى المدعي اما الوجه
الاول وهو ما اذا صالح عنه بغير امره وضمن المال فالصلح فيه جائز لان
الحاصل للمدعا عليه ليس الا البراءة وفي مثله يستوي المدعا عليه والاجنبي
لانه لا يسلم للمدعا عليه شيء كما لا يسلم للاجنبي ومع ذلك جاز اشتراط بدل الصلح
على نفسه فكذا للاجنبي والمقصود من هذا الصلح رضى صاحبه لا رضا المدعا
عليه اذ لا حظ فيه لان الوضع مفروض فيما لم يحمل على المعاوضة كدعوى القصاص
واخواته على ما بيناه ان فات المدعي يتفرد بهذه الامور غير انه لم يرض بسقوط

حقه مجانا فاذا سلم له العوض من جهة المتبرع صح ولزم لتمام رضاه والا
توقف على اجازة المدعا عليه وسلامته يكون بالضمان لانه لم يلزمه بالعقد
لكونه سفيرا فيه ويلزمه بالضمان لولايته على نفسه فتم رضاه به وكذا
بالاضافة الى نفسه بان يقول صالحتك على الفي هذه او على عبدي هذا
لان الاضافة الى نفسه التزام منه للتسليم الى المدعي وهو قادر على ذلك
فيجب عليه تسليمه فصار كالضمان فيصح لتمام رضاه به والعرف المشار
اليه بان قال صالحتك على هذا العبد او على هذا الالف كالمضاف الى
نفسه لانه تعين للتسليم اليه بشرطه فيتم به الصلح وكذا بتسليم العوض
اليه بان عقد المتبرع عقد الصلح بان قال صالحتك على الف ولم يضمن
ولم يضفه الى نفسه ولكنه سلم اليه العوض المشروط لانه بالتسليم حقيقة
تم رضاه فصار فوق الضمان والاضافة الى نفسه فاذا حصل له العوض
في هذه المواضع الثلاثة تم رضاه به وبرئ المصالح عنه ولم يحصل للمصالح
شيء لانه سفير ومتبرع بخلاف ما اذا صالح عن عين في يد المدعا عليه وهو
مقر به انه للمدعي حيث يملك المتبرع العين لانه معاوضة من كل وجه فيكون
مشتريا لنفسه من مالكه فيملكه اذ الشراء لا يتوقف اذا وجد نفاذا بل
ينفذ عليه ولو استحق العوض في الوجوه التي تقدمت او وجده زيوفا او
ستوقا لم يرجع على المصالح لانه متبرع التزم تسليم شيء معين ولا يلزمه
الايفاء من غيره فلا يلزمه شيء اخر لم يلتزمه اذ ليس على المحسنين من سبيل
ولكن يرجع بالدعوى لانه لم يرض بترك حقه مجانا الا في صورة الضمان فانه
يرجع على المصالح لانه التزمه بالضمان فصار دينا في ذمته ولهذا لو امتنع
من التسليم يجبر عليه بخلاف غيرها من الصور والرابع ان يصالحه على الف
ولم يضمن ولم يضف العوض الى نفسه بان قال صالحتك على الف فالحكم
فيه ان يكون موقوفا لانه لم يسلم للمدعي عوض فلم يسقط حقه مجانا لعدم رضاه
به فان اجازه المدعا عليه جاز ولزمه المشروط لالتزامه باختياره وان
رده بطل لان المصالح لا ولاية له على المطلوب فلا ينفذ عليه تصرفه والخلع
في جميع ما ذكرنا من الاحكام كالصلح وجعل في بعض شروح الجامع في باب الخلع
الالف المشار اليها والعبد المشار اليه مثل الالف المنكر حتى جعل القول
الى المرأة والله اعلم

باب الصلح في الدين

الصلح عما استحق بعقد المداينة اخذ لبعض حقه واسقاط للباقي لا معاوضة
هكذا ذكر في نسخ هذا المختصر بقوله عما استحق وهذا سهو لانه اذا صالح
عن الدين لا يكون جميع صوره استيفاء لبعض حقه واسقاطا للباقي وانما يكون

كذ

كذلك اذا وقع الصلح عن بعض الدين على بعض الدين الا ترى انه لو وقع عن
الدين بجنس اخر يحمل على المعاوضة فالصواب ان يقال الصلح على ما استحق
بعقد المداينة الى اخره فانه يكون اصلا جيدا لا يرد عليه نقض هكذا ذكر
القدوري رحمه الله في مختصره بقوله وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق
بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط
باقيه وذكر بعضهم ان الاحسان متى وجد من احد الجانبين يكون متبرعا واذا وجد
من الجانبين يكون معاوضة وانما لا يحمل على المعاوضة اذا وقع على بعض الدين
لان في حمله عليها فساد العقد للربوا وفي حمله على انه استوفى بعض حقه واسقط
الباقي جوازه فكان اولى حملا لامور المسلمين على الصحة ما امكن فظاهر حاله
يدل على ذلك لانه يطلب الصحة دون الفساد اذ عقله ودينه يمنعانه عن
ارتكاب محظور دينه قال فلو صالح عن الف على نصفه او على الف مؤجل
جاز لانه يجعل مستوفيا لنصف حقه ومسقطا للنصف في الاولى وفي الثانية
يجعل كانه اجل نفس الحق تحريا للجواز ولو حمل على المعاوضة لفسد لان بيع
الدراهم بالدراهم لا يجوز الا مثلا بمثل يدا بيد فلا يصار اليه وكذا لو صالحه
عن الف على خمسمائة مؤجلة جاز كانه ابراه عن النصف واخر النصف وعلى
هذا لو صالح عن الف جياد على خمسمائة زيوف حالة او مؤجلة جاز فيجعل
مسقطا للقدر والصفة ومستوفيا لبعض حقه او مؤجلا لان من استحق الجياد
يستحق الزيوف ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز ولو لم يستحقه بالعقد
لما جاز لان المبادلة براس مال السلم وبدل الصرف لا يجوز بخلاف عكسه
وهو ما اذا كان له الف زيوف وصالحه على خمسمائة جياد حيث لا يجوز لانه لا
يمكن حمله على انه استوفى بعض حقه واسقط الباقي لانه لا يستحق الجياد فيكون
معاوضة ضرورة فلا يجوز للتفاضل فيهما لان جيدها ورديها سواء على ما
عرف في موضعه وكذا لو كان له الف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لا يجوز
لانه لا يستحق الحال فلا يمكن حمله على انه اخذ عين حقه فيكون مبادلة
بالضرورة فلا يجوز الا مثلا بمثل لما ذكرنا قال وعلى دنانير مؤجلة
او عن الف مؤجل او سود على نصف حال او بيض لا يعني لو صالحه عن الف
درهم على دنانير مؤجلة او عن الف مؤجل على خمسمائة حالة او عن الف سود
على خمسمائة بيض لا يجوز لان من له الدراهم لا يستحق الدنانير فكان معاوضة
وهو صرف فلا يجوز بتاجيله ومن له دين مؤجل لا يستحق الحال وكذا من له
دراهم سود لا يستحق البيض لانها اجود على ما بينا فيكون اخذها بطريق
المعاوضة لا بطريق الاستيفاء وشرط صحة المعاوضة في الجنس المتحد القدر

المساواة ولم يوجد فلهذا امتنع الصلح حتى لو صالحه على الف حالة عن الالف
المؤجلة او صالحه على الف بيض عن الالف السود جاز بشرط قبضه في المجلس
لوجود المساواة في القدر وهو المعتبر في الصرف دون المساواة في الصفة
ولو كان عليه الف فصالحه على طعام موصوف في الذمة مؤجل لم يجز لانه يكون
افتراقا عن دين بدين فلا يجوز ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالحه
على مائة درهم جاز سواء كانت حالة او مؤجلة لانه يجعل اسقاطا للدنانير
كلها وللدراهم الا مائة وتاجيلا للمائة التي بقيت فلا يجعل على المعاوضة
لان فيه فساده ولان جهة الاسقاط ارجح لان الصلح مبني على الاغماض ولهذا
جاز الصلح عن المجهول والاصل في جنس هذه المسائل انه متى كان الذي
وقع عليه الصلح ادون من حقه قدرا او وصفا او وقتا او في احد هذه
الاشياء فهو اسقاط للبعض واستيفاء للباقي لانه استوفى دون حقه
وان كان ازيد بمعنى انه دخل فيه ما لا يستحق من وصف او ما هو بمعنى الوصف
كتعجيل المؤجل ومن اختلاف جنس فهو معاوضة لتعذر جعله استيفاء في
غير المستحق فيشترط فيه شروط المعاوضة وانما كان تعجيل المؤجل كالوصف
لان المعجل خير من المؤجل ولهذا ينتقص الثمن لاجله فيكون الحط بمقابلة
الاجل فيكون ربوا فلا يجوز الا اذا صالح المولى مكاتبه عن الف مؤجلة
على خمسمائة حالة فانه يجوز لان معنى الارفاق فيما بينهما اظهر من معنى المعاوضة
فلا يكون هذا مقابلة الاجل ببعض المال ولكنه ارفاق من المولى بحط
بعض البدل وهو مندوب اليه في الشرع ومساهلة من المكاتب فيما بقي
قبل حلول الاجل ليتوصل به الى شرف الحرية وهو ايضا مندوب اليه
في الشرع قال ومن له على اخر الف فقال اد غدا نصفه على انك بريء
من الفضل ففعل بريء وان لم يؤد غدا النصف وهو خمسمائة
لا يبرا وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يبرا وان لم يؤد ولا
تعود اليه الخمسمائة الساقطة ابدا لان اشتراط الاداء ضايع لان
النقد واجب عليه في كل زمان يطالبه هو فيه اذ المال عليه حال فبطل
التعليق وصار ابراء مطلقا وهذا لانه جعل اداء الخمسمائة عوضا لان
كلمة على للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لانه واجب عليه قبل الصلح
وهو لم يذكر للابراء عوضا سوى الاداء والعوض هو المستفاد بالعقد ولم يستفد
شيئا فصار وجوده كعدمه فحصل الابراء مطلقا كما اذا ابدا بالابراء بان
قال ابراتك من خمسمائة من الالف على ان تعطيني الخمسمائة غدا بخلاف
ما اذا قال فان لم تنقد غدا فلا صلح بيننا لانه مقيد وهو تعليق

الفسخ

الفسخ بعدم النقد فانه بمنزلة خيار الشرط ولهذا جاز في البيع ايضا على
ما مر ذكره ولنا ان كلمة على تكون للشرط كما تكون للمعاوضة فيحمل عليه
عند تعذر حملها على المعاوضة لما ذكر تصحيحا للتصرف فاذا كان للشرط
جاز تقييد الابراء به لانه يحتمل التقييد به وان لم يحتمل التعليق به كما في
الحوالة فان الاصيل يبرا بعقد على صفة وهو سلامة العوض له من المحال
عليه فصار كما اذا ابراه عن البعض بشرط ان يعطيه كفيلا بالباقي
او رهنا فاذا احتمل ذلك وجب حمله عليه لان للناس غرضا فيه حذار افلاسه
او توسلا الى تجارة اربح منه بخلاف ما اذا قدم الابراء لانه بريء بالبداية
به ولا يعود الدين بالشك وفيما نحن فيه لم يبرا في اوله واخره معلق
بشرطه فلا يسقط الدين بالشك وهذا لان كلمة على محتملة فعلى تقدير
ان يكون للشرط لا يبرا مطلقا وانما يبرا بالاداء وعلى تقدير ان يكون
للعوض يبرا مطلقا فلا يبرا بالشك والاحتمال ثم هذه المسألة
على وجوه احدها ما ذكرنا والثاني ان يصرح بالتقييد بان يقول
صالحتك عن الالف على خمسمائة تدفعها الي غدا وانت بريء من الزيادة
على انك ان لم تدفعها الي غدا فلا تبرا من الباقي فيكون الامر كما قال
لانه صرح بما يحتمله اللفظ فلا يبرا منه غيره والثالث اذا قال ابراتك
من خمسمائة من الالف على ان تعطيني خمسمائة غدا فحكمه انه يبرا مطلقا ادى
خمسمائة في الغد او لم يؤد لان البراءة قد حصلت بالاطلاق اولا فلا
تتغير بما يوجب الشك في اخره على ما ذكرنا في الفرق بين هذه المسألة
والاولى والرابع ان يقول اد الي خمسمائة على انك بريء من باقيه ولم يوقت
للاداء وقتا فحكمه انه يبرا مطلقا لانه ابراء مطلق اذ لم يوقت له وقتا
وليس له فيه غرض صحيح لان الاداء واجب عليه في مطلق الزمان فلا يحمل
على التقييد ويحمل على المعاوضة وهو لا يصلح عوضا لان العوض اسم
لما استفيد بالعقد والاداء واجب قبله فلغا بخلاف المسألة الاولى
لان الاداء فيها مقيد بالغد وهو غرض صحيح على ما بينا فيتقيد به
والخامس اذا قال ان اديت الي خمسمائة او اذا اديت او متى اديت فحكمه انه
لا يصح لانه تعليق بالشرط صريحا والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لما فيها
من معنى التمليك لانه تمليك ما في ذمته ولهذا يرتد بالرد بخلاف الطلاق
والعتاق لانه اسقاط فيجوز تعليقه بالشرط وبخلاف ما تقدم من انواع هذه
المسألة لانه لم يعلقها فيها بصريح الشرط وانما اتى بالتقييد فصار هو
كالمضاف الى وقت بل هو مضاف الى الوقت فلا ينافي كونه شيئا في الحال

فلا يكون متعلقا بالخطر من كل وجه **قال** ومن قال لآخر لا اقر لك
بمالك حتى تؤخره عني او تحط يعني ففعل صح عليه لانه ليس بمكره
لتمكنه من اقامة البينة او التحليف فيتكل وهو منتظر الصلح ثم الاكراه
لان كل واحد منهما لا ينافي الطوع والاختيار في تصرفه اقصى ما في الباب
انه مضطر لكن الاضطرار لا يمنع من نفوذ تصرفه كبيع ماله بالطعام عند
المخمصة **فصل** قال رحمه الله دين بينهما صالح احدهما
عن نصيبه على ثوب لشريكه ان يتبع المديون بنصفه او يأخذ نصف الثوب
من شريكه الا ان يضمن ربع الدين يعني الا ان يضمن المصالح لشريكه ربع الدين
لان احد الشريكين لا يختص بالمقبوض من الدين اذ لا يجوز قسمته قبل القبض
لان المقبوض جزء الدين فقضيته ان يضمنه ربع الدين ولا يكون له سبيل
على الثوب كما في فصل الشراء لانه اخذ عوضه لكن الصلح مبني على الحط
ولو الزمناه ربع الدين لتضرر المصالح لانه قد لا يبلغ قيمة الثوب كله
ربع الدين فاثبتنا له الخيار بين ان يرجع على المديون بنصيبه وبين ان يأخذ
نصف ما وقع عليه الصلح واذا رجع على المصالح اثبتنا للمصالح الخيار ايضا
بين ان يدفع نصف ما وقع عليه الصلح او ربع الدين دفعا للضرر عنهما
بقدر الامكان بخلاف فصل الشراء والاقتضاء لان الشراء مبني
على المماكسة فالظاهر انه استوفى قدر حقه بل اكثر فلا ضرر عليه بالزامه
ربع الدين وفي فصل الاقتضاء قد قبض نصف الحق وهو مشترك بينهما
لما ان قسمة الدين قبل القبض لا تتصور لانه معنى في الذمة فيأخذ حصته
منه اذ لا ضرر عليه فيه فجعلنا المقبوض كانه عين حقه وان كان غير حقه
ولهذا يملكه القابض وانما يملكه بالقبض لان المقبوض عين والعين غير
الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه
ثم يضمن لشريكه حصته لما ذكرنا والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب
متحد كثمن المبيع بان كان لكل واحد منهما عين على حدة او كان لهما عين واحدة
مشتركة بينهما وباعا الكل صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن كل واحد
منهما او قيمة العين المشتركة المستهلكة او بدل القرض من المال المشترك
بينهما او يكون الدين موروثا بين اثنين ثم الامام رحمه الله قيد بكون المصالح
عنه دينا لانه لو كان الصلح عن عين مشتركة يختص المصالح ببدل الصلح
وليس لشريكه ان يشاركه فيه لكونه معاوضة من كل وجه لان المصالح عنه
مال حقيقة بخلاف الدين وقيد بكون المصالح عليه ثوبا ومراده خلاف
جنس الدين لانه لو صالحه على جنسه يشاركه فيه او يرجع على المديون وليس

للقابض

للقابض فيه خيار لانه بمنزلة قبض بعض الدين ولا فرق فيما ذكرنا من الحكم بين
ان يكون الصلح عن اقرار او سكوت او انكار لان المدعيين متصادقان
على ان لهما على المدعى عليه دينا وما يأخذه بدل عنه في زعمهما فيكون حجة
عليهما ولو اراد القابض ان يختص به ولا يرجع عليه شريكه فيما قبض فالحيلة
فيه ان يهبه الغريم قدر دينه وهو يبريه عن دينه او يبيع الطالب كفا
من زبيب او نحوه بقدر نصيبه من الدين ثم يبريه عن الدين ويأخذ ثمن
الزبيب **قال** ولو قبض نصيبه شركه فيه ورجعا بالباقي على الغريم
لان قسمة الدين لا تتصور والمقبوض بدل عنه وله ان يشاركه فيه لكونه
عين حقه من وجه حتى كان للطالب ان يأخذه منه اذا ظفر به بغير اذن
الغريم ويجبر الغريم على القضاء ولا اجبار على المبادلة فاذا كان عين حقه
من وجه كان له ان يشاركه فيه بخلاف ما اذا اشترى به ثوبا حيث لا
يكون له ان يشاركه فيه لانه مبادلة من كل وجه بل يضمنه ربع الدين ان
شاء لانه اتلف عليه نصيبه وان شاء رجع على الغريم لان حقه عليه في
الحقيقة وانما كان له ان يشاركه في الثوب في فصل الصلح كي لا يلزم
المصالح الضرر وهنا انتفى الضرر لما ذكرنا فيرجع بربع الدين ثم يرجعان
على الغريم لاستوائهما في الاقتضاء ولو سلم له المقبوض واختار متابعة الغريم
ثم توى نصيبه بان مات الغريم مفلسا رجع على القابض بنصف ما قبض لان
التسليم مقيد بشرط سلامة الباقي له فاذا لم يسلم له رجع عليه كما في الحوالة
لكن ليس له ان يرجع في عين تلك الدراهم المقبوضة لان حقه فيها قد سقط بالتسليم
فلا يعود حقه فيها بالتوى وتعود الى ذمته في مثلها **قال** ولو اشترى
بنصيبه شيئا ضمنه ربع الدين يعني ان شاء لانه صار قابضا لنصيبه بالمقاصة
ولا ضرر عليه لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح على ما بينا ولا يقال
قسمة الدين قبل القبض لا تتصور فكيف تتصور المقاصة فيه لانا نقول
قسمة الدين قبل القبض تجوز ضمنا وانما لا تجوز قصدا وهنا وقعت القسمة
في ضمن صحة الشراء او صحة المصالحة وكم من شيء يصح ضمنا ولا يصح قصدا وللغريم
ان لا يتبع القابض في الجميع ويرجع على المدين لان القابض قبض حقه الا ان
له حق المشاركة فكان له ان يشاركه ولو كان له مطلوب على احدهما دين قبل
وجوب دينهما عليه حتى صار دينه قصاصا به فلا ضمان عليه لانه قضى دينا
كان عليه لما عرفنا ان اخر الدينين قضاء لاولهما وبه لا يجب الضمان وانما يجب
بالاقتضاء وكذا المشاركة لا تجب بالقضاء وانما تجب بالاقتضاء ولو ابراه احدهما
عن نصيبه فكذلك لا يضمن لان الابراء فوق الصلح في الشرع لانه لم يقبض منه شيئا

فإن لم يقبض في الصلح فمعنى هذا أولى لأنه لم يقبض ولو أبرأه عن البعض كانت
قسمة الباقي بينهما على ما بقي من السهام لأن الحق عاد إلى هذا القدر ولو غصب
أحدهما عينا من المديون أو اشترى منه شراء فاسدا فهلك عنده فهو قبض لأنه
بالهلاك وجب للغريم عليه دين فالتقيا قصاصا ودين الغريم أحدهما فيكون
قصاصا من الغريم واقتضاء من الطالب فيضمن لشريكه والاستيجار بنصيبه كالشراء
بنصيبه حتى يضمن ربع الدين لأن للمنافع حكم المال وعن محمد أنه إذا أضاف
العقد إلى الدين لا يرجع عليه لأنه إتلاف ولو أحرق أحدهما متاع المطلوب
بالنار لا يكون قبضا عند أبي يوسف حتى لا يرجع عليه شريكه لأنه لم يحصل
في يده شيء بخلاف الغصب ثم الإحراق بالنار حيث يرجع عليه وإن أتلفه بالإحراق
لأن الضمان حصل بالقبض فيستند إليه فيملكه من ذلك الوقت بخلاف ما إذا
أحرق في يده لأنه من غير قبض وعند محمد رحمه الله هو قبض فيرجع عليه لأنه
بالإحراق وجب عليه الضمان فصار دينا في ذمته فالتقيا قصاصا وقد ذكرنا
أن آخر الدينين قضاء للأول فصار مقتضيا فيرجع عليه ولو تزوج أحدهما
بنصيبه بأن كان له دين على امرأة فزوجته عليه نفسها أو على مولى الأمة
فزوجها المولى منه عليه أو على المكاتبة أو على الأمة المأذون لها فتزوجها
عليه بإذن المولى ليس بقبض في ظاهر الرواية حتى لا يرجع عليه شريكه لأنه
لم يسلم له شيء يمكنه المشاركة فيه فصار كالجناية على نفس المديون وكالإبراء
وعن أبي يوسف أنه يرجع عليه لوجود القبض بطريق المقاصة على ما بينا والصحيح
الأول لأنه إتلاف ولأن النكاح يتعلق بعين الدين عند الإضافة إليه
فيملكه بعينه ثم يسقط عن ذمتها كالهبة بخلاف ما إذا لم يضف العقد إليه
بأن سمى دراهم مطلقة فوقع التقاص بنصيبه حيث يرجع إليه شريكه بالإجماع
لأنها لا تملكه وإنما ملكت غيره فالتقيا قصاصا والصلح عليه عن جناية
العمد ليس بقبض لأنه لم يملكه شيئا قابلا للشركة بمقابلته ولو أخر أحدهما
نصيبه لم يجز عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يجوز ومحمد معه في رواية ومع
أبي حنيفة في أخرى لأبي يوسف رحمه الله أن التأخير موقت فيعتبر بالإبراء المؤبد
ولأنه يتصرف في خالص حقه فلا يمنع منه ولا يكون ذلك قسمة الدين بل يبقى كل
واحد من النصيبين على الشركة وذلك بأن يكون المؤجل بينهما إذا حل الأجل
ويرجع المؤخر على القابض عند حلول الأجل ولأبي حنيفة أنه يؤدي إلى قسمة
الدين قبل القبض ومثله لا يجوز فيه لأن القسمة فيها معنى تمييز الحقوق وإفراز
وفيها معنى التمليك والمبادلة والدين لا يتصور فيه التمييز ولا يجوز
تمليكه من غير من عليه الدين لأنه وصف في الذمة فيبطل وإنما قلنا بأنه

يؤدي

يؤدي إلى قسمة الدين لأن الحال والمؤجل يختلفان وصفا وحكما حتى لا يطالب
الساكت بنصيبه في الحال فكيف يتصور هذا الاختلاف بينهما من غير قسمة
وهل دعوى عدم القسمة فيه بعد ذلك إلا دعوى المحال ولأن فيه ضررا
على شريكه بأن يحمل مؤنة الطلب عليه فقط بيانه أن الساكت يطالب
بنصيبه في الحال فإذا خلص منه رجع عليه هو بنصفه عند حلول الأجل
ثم يرجعان على الغريم فيؤخر هو نصيبه أيضا مثل ما أخر في الأول فيطالب
الساكت بنصيبه فإذا خلص منه رجع عليه به عند حلول الأجل ولم يزل
يعمل هكذا إلى أن يستوفي الكل وفيه تفويت غرضه بمنعه من وصول حقه له
في الحال وهذا ضرر ظاهر لا يخفى على أحد فلا يمكن منه كما لا يمكن أحد الشريكين
أن يكاتب نصيبه بغير رضى الآخر بخلاف الإبراء لأنه لا ضرر عليه فيه وهو
أيضا لا يؤدي إلى قسمة الدين لأن القسمة إنما تكون مع بقاء النصيبين
ملكا للشريكين ولم يبق للمبرئ فيه ملك فلا يكون قسمة وإنما هو إتلاف لنصيبه
فقط وذلك جائز قبل القسمة ألا ترى أنه لو أقر بنصيبه من الدين لإنسان
صح إقراره وصار ملكا للمقر له لكونه إتلافا لنصيبه ولو كان قسمة لما جاز
ذلك **قال** ويبطل صلح أحد ربي السلم عن نصيبه على ما دفع أي على ما
دفع من رأس المال وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز هذا الصلح
وإنما شرطنا أن يكون هذا الصلح على رأس المال لأنه لو كان على غيره لا يجوز
بالإجماع لما فيه من الاستبدال بالمسلم فيه لأبي يوسف رحمه الله أنه تصرف في خالص
حقه فيجوز كما في سائر الديون وهذا لأن الصلح فيه على رأس المال كالصلح
في غيره على ما أراد من المال ألا ترى أنه يجوز بإجازة شريكه ويشاركه في المقبوض
ويرجعان على الغريم فإذا كان كذلك وجب أن ينفذ في حصته ثم يكون لشريكه
الخيار إن شاء شاركه فيما قبض ويكون الدين بينهما وإن شاء رجع على المسلم إليه
كسائر الديون وكالإقالة في نصيبه في بيع العين ولهما أن هذا العقد
حقهما فلا ينفرد أحدهما بفسخه وهذا لأن المسلم فيه لم يكن موجودا قبل
العقد وجواز التصرف فيه باعتبار وجوبه بالعقد والعقد تم بهما فصار
كل واحد منهما بالتصرف كشطر العلة وشطر العلة لا يثبت به شيء من الحكم
ما لم يتم ذلك بإجازة الآخر بالتصرف كما لو زوج أحد المعتقين المعتقة
بخلاف شراء العين فإن العين أصل لوجود العقد حتى لا يجوز العقد إلا
بوجودها فكذا يكون أصلا لصحة الدفع لأن العين موجودة حسا
ومعاينة قبل العقد وكان لكل واحد منهما ولاية التصرف فيها ولا يستفاد
بالعقد فكذا رفعه لتمام العلة فيها وفي المسلم فيه لا يثبت الملك إلا

بالعقد ولا ولاية التصرف الا به وكان فعلهما علة ثبوت الشركة والولاية
ولانه لو جاز في نصيبه خاصة بدون اذن شريكه لكان قسمة للدين وهو في
الذمة ولو جاز في نصيبهما من غير اذنه فلا بد من اجازته دفعا للضرر عنه
ولانه يلزم من رجوع شريكه عليه عود الدين وهو المسلم فيه الى ذمته والمسلم
فيه لا يعود بعد سقوطه ولهذا لو تقايلا السلم ثم فسخا الاقالة لا ينفسخ بخلاف
بيع العين ويلزم منه ايضا ان يجوز صلحه ثانيا حتى يسقط عنه ما عاد الى
ذمته وكذا ثالثا ورابعا الى ان لا يبقى منه شيء لان غرضه براءة ذمته ولم يحصل
ذلك الا بسقوط الكل هذا اذا كان رأس المال مخلوطا فلا اشكال فيه
وان لم يخلطاه ونقد كل واحد منهما على حدة اختلفوا فيه فقال بعضهم يجوز
عندهما ايضا لان المانع كونه يؤدي الى العود بعد سقوطه ولم يوجد هذا
المعنى هنا لان الدافع يأخذ منه ما دفعه اليه وليس للاخر ان يشركه فيه لانه
لم يدفع اليه شيء اخر فلا يؤدي الى عوده بعد سقوطه وقال بعضهم هذه الصورة
ايضا على الخلاف لان عدم الجواز عندهما لكونه يؤدي الى قسمة الدين
قبل القبض ولان العقد يخرجهما الى اخر ما ذكرناه وقد وجد هذا المعنى هنا فلا
يجوز وهو الصحيح لان العلل التي ذكرناها كل واحدة منها مستقلة لكن عند
عدم الخلط تبطل بعلة واحدة وعند وجود الخلط بعلل ولان من اجازه لم يجزه
الا لعدم العلة المعينة وذلك لا ينتهض حجة لعدم الحكم لجواز ترادف العلل على
حكم واحد فعدم بعضها لا يدل على عدم الحكم لجواز ان يخلفه غيره على انا لا نسلم
ان صاحبه لا يشاركه في المقبوض اذا لم يخلطا المال بل له ان يشاركه فيه لان
الشركة فيه انما ثبتت لكونهما اشتركا في دين السلم والشركة في دين السلم ثابت
بسبب اتحاد العقد ولهذا لا يقبض احدهما شيئا من المسلم فيه الا شاركه فيه
صاحبه ولا تأثير لخلط المال فيه ولا لعدمه فكذا في رأس المال عند الفسخ
فكان الاحتجاج به باطلا قال وان اخرجت الورثة احدهم عن عرض
او عقار بمال او عن ذهب بفضة او بالعكس اي عن فضة بذهب صح قل او كثر
يعني قل ما اعطوه او كثر لانه يحمل على المبادلة لانه صلح عن عين ولا يمكن حمله
على الابراء اذ لا دين عليهم ولا يتصور الابراء عن العين وبيع العقار والعروض
بالقليل والكثير جائز وكذا بيع الذهب بالفضة لعدم الربا لاختلاف الجنس
وفيه الاثر ان تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف صالحها ورثته عن ربع ثمنها
على ثمانين الف دينار وقيل على ثلاثة وثمانين الف دينار بمحضر من الصحابة
رضي الله عنهم وروي ان ذلك كان نصف حقها وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما
انه قال يتخارج اهل الميراث اي يخرج بعضهم بعضا بطريق الصلح ولا يشترط

ان يكون اعيان التركة معلومة لانه لا يحتاج فيه الى التسليم وبيع ما لم يعلم
قدره فيه جائز كمن اقر بغصب شيء فباعه المقر له من المقر جاز وان لم يعرفا قدره
لما ذكرنا ذكره في النهاية معزيا الى الذخيرة والى التتمة وقال لا يشترط
معرفته بالاتفاق وقال ذكره في التتمة وقال صاحب الهداية فيما اذا
وقع الصلح عن ذهب بفضة او وقع عن فضة بذهب يعتبر التقابض في المجلس
لانه صرف غير ان الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفي بذلك
القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا يعني مقرا غير
مانع لا بد من تجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وهذا
يشير الى ان العلم به شرط لان قبض المجهول لا يمكن ثم ذكر بعده وانه يبين فيما
اذا وقع الصلح عن المكيل والموزون وانما لا ينوب هذا القبض عن
قبض الصلح لانه قبض امانة لا ينوب عن المضمون فلا بد من تجديد قبض
بان ينتهي الى مكان يتمكن من قبضه بالتخلية والمضمون ينوب عن الامانة
وعند اتحاد القبض ينوب احدهما عن الاخر كالمضمون عن المضمون
او الامانة عن الامانة قال وعن نقدين وغيرهما باحد النقدين
لا ما لم يكن المعطى اكثر من حظه منه اي لو صالح عن الفضة والذهب
وغيرهما من العروض والعقار على الذهب او الفضة لا يجوز الصلح حتى
يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون قدر نصيبه بنصيبه
والزائد بحقه من بقية التركة لانه لما حمل على المعاوضة لتعذر حمله
على الابراء من الاعيان وجب اعتبار شرط المعاوضة فيه وذلك فيما ذكرنا
لانه لو اعطوه قدر حصته او اقل تكون العروض او العروض وبعض الذهب
او الفضة حاصلا لهم بلا عوض فيكون ربوا وكذا اذا لم يعلم قدر
نصيبه لاحتمال الربو لان الفساد على تقدير ان يكون مساويا له او اقل
وكان ارجح واولى بالاعتبار وقال الحاكم الشهيد انما يبطل على اقل من
نصيبه في مال الربو في حالة التصادق واما في حالة التناكر بان
انكروا ارثه فيجوز ووجه ذلك انه في حالة التكاذب ما يأخذ لا
يكون بدلا لا في حق الآخذ ولا في حق الدافع هكذا ذكره المرغيناني
فلا بد من التقابض فيما يقابل الذهب والفضة منه لكونه صرفا
في قدره ولو كان بدل الصلح عرضا في الصور كلها جاز مطلقا قليلا كان
او كثيرا فتفرقا في المجلس او لم يتفرقا لعدم الربو واذا كان بدل الصلح دراهم
ودنانير صح الصلح كيف ما كانا لانا نصرف الجنس الى خلاف الجنس تصحيحا
للعقد كما في البيع بل اولى به لان المقبوض من الصلح قطع المنازعة لكن

يشترط التقابض فيه قبل الافتراق لانه صرف **قال** ولو في التركة دين
على الناس فاخرجوه ليكون الدين لهم بطل لان فيه تمليك الدين وهو حصته
من غير من عليه الدين وهم الورثة فيبطل فيه ثم يتعدى الى الكل لان الصفقة
واحدة سواء بين حصة الدين وهم الورثة فيبطل فيه ثم يتعدى الى الكل لان
الصفقة واحدة او لم يبين عند ابي حنيفة رحمه الله وينبغي ان يجوز عندهما
في غير الدين اذا بين حصته واصل الخلاف فيما اذا جمع بين حر وعبد او شاة
ذكية وميتة وباعهما صفقة واحدة وبين حصة كل واحد منهما من الثمن بطل
في الكل عنده وعندهما صح في العبد والذكية وفي النهاية يرد هذه المسئلة
نقضا على مسئلة الصلح على قول ابي يوسف ومحمد فيما اذا اسلم حنطة في شعير
وزيت فانهما قالا لا يصح في حصة الزيت ويفسد في حصة الشعير هاهنا فالا
فسد في الكل قال هذا ما يحفظ ثم قال كذا في مبسوط شيخ الاسلام ويمكن
ان يقال مرادهما في مسئلة الصلح فيما اذا لم يبين ما يقابل كل واحد منهما
وفي مسئلة السلم اذا بين توفيقا بينهما وتصحيحا لقاعدتهما **قال**
وان شرطوا ان يبرأ الغرماء منه اي من الدين صح لانه اسقاط او تمليك الدين
ممن عليه وكل ذلك جائز وقال صاحب الهداية وهذه حيلة الجواز واخرى
اي حيلة اخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين ثم قال وفي الوجهين ضرر
ببقية الورثة والاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا
عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء وهذا في الوجهين
ظاهر لانهم اذا اعطوا المصالح شيئا بمقابلة الدين او بقدر الدين ولم
يحصل لهم الدين فقد حصل لهم ضرر دنيوي ولم يشرع الصورة الثالثة مثل
ذلك من الضرر لانهم وان خرج منهم قدر الدين لكن حصل لهم الدين بمقابلته
فانتفى الضرر عنهم الا ضرر التقدم فاذا لقي خيرا من الدين والاوجه
منه ان يبيعوه كفا من تمر او نحوه بقدر الدين ثم يحيلهم على الغرماء او يحيلهم
ابتداء من غير بيع شيء ليقبضوه له ثم يأخذوه لانفسهم ولو كانت اعيان
التركة غير معلومة وليس فيها مكيل ولا موزون والصلح على مكيل او
موزون قال ظهير الدين المرغيناني لا يجوز هذا الصلح لما فيه من احتمال
الربوا بان يكون في التركة مكيل او موزون من جنسه فيكون في حكم بيع
المقدر بجنسه جزافا وقال الفقيه ابو جعفر يجوز لانه يحتمل ان يكون
الذي وقع عليه الصلح اكثر واذا احتمل ان يكون مثله او دونه فهو احتمال
الاحتمال فتنزل الى شبهة الشبهة فالشبهة هي المعتبرة دونها هذا هو الصحيح
وهذا يدل على ان الصلح مع جهالة التركة يجوز وقيل لا يجوز لانه بيع

وبيع

وبيع المجهول لا يجوز والاول اصح لان الجهالة هنا لا تفضي الى المنازعة لانها
في يد بقية الورثة فلا يحتاج فيها الى التسليم حتى لو كانت في يد المصالح
او بعضها لا يجوز حتى يصير جميع ما في يده معلوما للحاجة الى التسليم **قال**
ولو على الميت دين محيط بطل الصلح والقسمة لان الورثة لا يملكون التركة
في هذه الحالة لان الدين المستغرق يمنع من دخول التركة في ملك الوارث
لان حاجته مقدمة على الارث ولو ضمن رجل بشرط ان لا يرجع في التركة
جاز الصلح لان هذه كفالة بشرط براءة الاصيل وهو الميت فتصير حوالة
فيخلو مال الميت عن الدين فيجوز تصرفهم فيه وان لم يكن مستغرقا بالدين
لا ينبغي لهم ان يقسموه او يصالحوا حتى يقضوا دينه وان فعلوا ذلك جاز استحسانا والقياس
ان لا يجوز لان كل جزء من اجزاء التركة مشغول بالدين لعدم الاولوية بالصرف
الى جزء دون جزء فصار كالمستغرق فيمنع من دخوله في ملك الورثة وجه الاستحسان
ان الانسان لا يخلو عن دين قليل فلو منع غير المستغرق منه تملك الورثة
ادى الى الحرج او الى ان لا يملكوا اصلا فقلنا بانهم يملكونه دفعا للضرر
عنهم الا انهم يرفعون من التركة قدر الدين ويتركونه حتى يقضى به الدين كيلا يحتاج
الى نقض القسمة

كتاب المضاربة

قال رحمه الله هي شركة بمال من جانب وعمل من جانب يعني المضاربة عقد
شركة بمال من احد الشريكين وعمل من الاخر هذا في الشرع والمراد بالشركة
الشركة في الربح حتى لو شرطا فيها الربح لاحدهما لا يكون مضاربة على ما نبين
وقيل هي عبارة عن دفع المال الى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على
ما شرطا فيكون الربح لرب المال بسبب ماله لانه نماء ملكه وللمضارب باعتبار
انه سبب لوجود الربح وهي في اللغة مفاعلة من الضرب في الارض وهو
السير فيها قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يعني الذين يسافرون
في التجارة وسمي هذا العقد بها لان المضارب يسير في الارض غالبا لطلب
الربح ولهذا قال الله تعالى يضربون في الارض يبتغون من فضل الله وهو
الربح واهل الحجاز يسمون هذا العقد مقارضة وهو مشتق من
القرض لان صاحب المال يقطع قدرا من ماله ويسلمه للعامل واصحابنا اختاروا
لفظة المضاربة لكونها موافقة لما تلونا من نظم الاية وهي مشروعة
لشدة الحاجة اليها من الجانبين فان من الناس من هو صاحب مال ولا يهتدي
الى التصرف ومنهم من هو بالعكس فشرعت لتنتظم مصالحهم فانه عليه السلام
بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليها وتعاملتها الصحابة رضي الله
عنهم الا ترى الى ما يروى عن ابن عباس بن عبد المطلب كان اذا دفع مالا

مضاربة شرط عليه ان لا يسلك به بحرا وان لا ينزل واديا ولا يشتري ذات كبد
رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم
فاستحسنه فصارت مشروعة بالسنة والاجماع وشرطها ان يكون راس المال
من الاثمان وهو معلوم والربح بينهما شائعا ونصيب كل منهما معلوما ولا يكون
معينا شيئا لا يبقى فاذا فقد شيئا من هذه الاشياء فسدت وركنها ان يقول دفعت
هذا المال اليك مضاربة او معاملة او خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق
الله بيننا نصفان او نحو ذلك من الالفاظ التي تثبت بها المضاربة وحكمها انواع
ايداع ووكالة وشركة واجارة وغصب وانواعها عامة وخاصة على ما يجي كل
منه مفصلا **قال** رحمه الله والمضارب امين وبالتصرف وكيل وبالربح شريك
وبالفساد اجير وبالخلاف غاصب وباشتراط كل الربح له مستقرض وباشتراطه
لرب المال مستبضع يعني بدفع المال اليه على وجه المضاربة يكون امينا لانه
قبضه باذن مالكه لا على وجه البدل والوثيقة واذا اراد ان يجعله عليه
مضمونا اقرضه راس المال كله ويشهد عليه ويسلمه اليه ثم ياخذه منه مضاربة
ثم يدفعه الى المستقرض ليستعين به في العمل فاذا عمل وربح كان الربح بينهما
على الشرط واخذ راس المال على انه بدل القرض وان لم يربح اخذ راس المال
بالقرض وان هلك هلك على المستقرض وهو العامل او اقرضه كله الا
درهما منه وسلمه اليه وعقد شركة العنان ثم يدفع اليه الدرهم ويعمل فيه
المستقرض فان ربح كان بينهما على ما شرطا وان هلك هلك عليه وانما صار
وكيلا بالتصرف لانه متصرف في ملكه بامره وهذا معنى الوكالة وانما صار شريكا
له اذا ربح لانه هو المقصود من عقد المضاربة فصار ثبوت الشركة من ضرورة
صحتها وصحة الاشتراط وانما صار اجيرا اذا فسدت لان الواجب له فيها
اجر المثل كالاجارة اذا فسدت وهو بدل عمله لانه لا يستحق المسمى لعدم الصحة
وكذا عمله غير داخل تحت المضاربة ولم يرض بالعمل مجانا فيجب له اجر المثل
بخلاف الشريك حيث لا يستحق اجرا اذا فسدت لان استحقاقه الربح بالمال
لا بالعمل ثم لا يزاد على المسمى عند ابي يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله على النحو
الذي ذكرنا في الشركة وانما صار غاصبا بالخلاف لوجود التعدي على مال
الغير كالغصب وهذا لان صاحبه لم يرض ان يكون في يده الا على الوجه
الذي امره به فاذا خالف فقد تعدى فصار غاصبا فيضمن وانما صار المضارب
مستقرضا باشتراط كل الربح له لانه لا يستحق الربح كله الا اذا صار راس المال
ملكا له لان الربح فرع المال كالثمر للشجر وكالولد للحيوان فاذا شرطا ان يكون
جميع الربح له فقد ملكه جميع راس المال مقتضى فقضيته الا يرد راس المال

لان

لان التمليك لا يقتضي الرد كالهبة وغيرها لكن لفظة المضاربة تقتضي
رد راس المال فجعلناه قرضا لا هبة لانه على المعنيين عملا بهما ولان القرض
ادنى المتبرعين لانه يقطع الحق عن العين دون البدل والهبة تقطع عنهما
فكان اولى لكونه اقل ضررا وانما صار مستبضعا باشتراط جميع الربح لرب
المال لان المضارب لم يطلب لعمله بدلا او عمله لا يتقوم الا بالتسمية فكان وكيلا
متبرعا فهذا هو معنى البضاعة فكانه نص عليها **قال** وانما تصح بما
تصح به الشركة ومعناه لا تصح الا بما تصح به الشركة وهي الدراهم
والدنانير لا غير عندهما والفلوس النافقة عند محمد مثلهما وقد بيناه
في الشركة وقال ابن ابي ليلى تصح المضاربة في المكيل والموزون لانهما
من ذوات الامثال فيمكن تقدير راس المال مثل المقبوض وقال مالك
تجوز بالعروض لانها متقومة يسترج عليها بالتجارة عادة فكانت كالنقود
فيما هو المقصود بالمضاربة وامكن تقدير راس المال بالقيمة اذ هي
متقومة ولهذا سمي المضاربة عليها فكذا يجوز الابتداء بها ولنا انه
عليه السلام نهى عن ربح ما لم يضمن والمضاربة بغير النقود تؤدي
اليه لانها امانة في يد المضارب وربما زادت قيمتها بعد الشراء فاذا باعها
شركة في الربح فحصل ربح ما لم يضمن اذ المضارب يستحق نصيبه من غير ان يدخل
شيء في ضمانه بخلاف النقود فانه عند الشراء بها يجب الثمن في ذمته لانها لا
تتعين بالتعيين فما يحصل له بذلك فهو ربح ما ضمن والمكيل والموزون
عروض الا ترى انها تتعين بالتعيين فاول تصرف يكون فيها بيع وقد
يحصل بهذا البيع ربح بان يبيعه ثم يرخص سعره بعد ذلك فيظهر ربحه
بدون الشراء فيكون هذا استيجارا على البيع باجر مجهولة فيكون
باطلا كما في العروض ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل بثمنه مضاربة
جاز وقال الشافعي لا يجوز لان فيه اضافة عقد المضاربة الى ما بعد
البيع وقبض الثمن ولنا انه وكله ببيع العرض اولا وهو كبيعه بنفسه ثم
عقد المضاربة على الثمن المقبوض وهو كالمقبوض في يده فوجب القول
بجوازه كما اذا قال له بع هذا العبد واشتر بثمنه هذا العبد وهذا
لان المضاربة ليس فيها الا توكيل واجارة وكل ذلك قابل للاضافة
على الانفراد فكذا عند الاجتماع وهذا لما عرف ان الاضافة الى الزمان
المستقبل غير التعليق بالشرط الا ترى ان الاضافة سبب للحال دون
التعليق ولو دفع اليه العرض على ان قيمته الف درهم مثلا ويكون ذلك راس
المال فهو باطل لان القيمة تختلف باختلاف المقومين فلا يمكن ضبطها

فلا تصلح رأس المال ولو قال له اقبض ديني من فلان واعمل به مضاربة
جاز لأن هذا توكيل بالقبض وأضافته للمضاربة إلى ما بعد قبض الدين
وذلك جائز على ما بينا بخلاف ما إذا قال اعمل بالدين الذي لي عليك
حيث لا يجوز المضاربة لأن المضاربة توكيل بالشراء والتوكيل بالشراء
بدين في ذمة الوكيل لا يصح حتى يعين البائع أو المبيع عند أبي حنيفة
فبطل التوكيل بالكلية حتى لو اشترى كان للمأمور وكذا لا يصح التوكيل
بقبض ما في ذمة نفسه فلا يتصور المضاربة فيه وعندهما يصح
التوكيل بالشراء بما في ذمة الوكيل من غير تعيين ما ذكرنا حتى يكون
مشترى للآمر لكن المشتري عروض فلا يصح المضاربة بها على ما بينا
قال ويكون الربح بينهما مشاعا أي لا تصح المضاربة إلا إذا كان الربح
بينهما مشاعا لأن الشركة تتحقق به حتى لو شرطا لأحدهما دراهم مسماة تبطل
المضاربة لأنه يؤدي إلى قطع الشركة على تقدير أن لا يزيد الربح على المسمى
قال رحمه الله فإن شرط لأحدهما زيادة عشرة فله أجر مثله ولا
يتجاوز على المشروط وقد ذكرناه وذكرنا الخلاف فيه وهذا هو الحكم
في كل موضع لم تصح المضاربة فيه والربح كله لرب المال لأنه نماء ملكه ويجب
الأجر للمضارب وإن لم يربح في رواية الأصل لأن أجر الأجير يجب بتسليم
المنافع والعمل كما في أجير الوحد وقد وجد وعن أبي يوسف أنه لا يجب كما لا
يجب في الصحيحة منها مع أنها فوقها في الاعتبار فكيف يجب أكثر من المسمى فيها
والمال في المضاربة الفاسدة أمانة غير مضمونة بالهلاك كما في الصحيحة
منها لأن الفاسد من العقود يأخذ الحكم من الصحيح منها أو لأنه عين في يد أجير
ولو تلف بعد العمل فله أجر المثل وقيل هذا عند أبي حنيفة وعندهما
يضمن ما تلف في يده مما يمكن التحرز عنه وهو بناء على اختلافهم في الأجير
المشترك إذا تلف المال في يده من غير صنعه لأن هذا العقد إجارة وهو
بمنزلة الأجير المشترك لأن له أن يأخذ بهذا الطريق ما شاء من المال
والفرق لهما على الظاهر أن هذه مضاربة لفظا وإجارة معنى من حيث
أنه طلب لعمله أجرا فعملنا باللفظ في انتفاء الضمان وبالمعنى في وجوب
أجر مثله ربح أو لم يربح أو يقول إنه كأجير الوحد من حيث إنه لا يتمكن من أن يؤاجر
نفسه في ذلك الوقت **قال** وكل شرط يوجب جهالة الربح تفسدها
وإلا لا وتبطل الشرط كشرط الوضيعة على المضاربة أي إن لم يكن مؤديا
إلى جهالة الربح لا يفسدها بل يبطل الشرط والذي يؤدي إلى جهالة
الربح من الشروط أن يشترط رب المال على المضارب أن يدفع إليه أرضه ليزرعها

سنة

٢٢٦

سنة أو داره ليسكنها سنة وذلك مفسد لأنه جعل بعض الربح عوضا عن عمله
والبعض أجرة داره وأرضه ولا تعلم حصة العمل حتى تجب حصته وتسقط
ما أصاب منفعة الدار ولو شرط ذلك على رب المال للمضارب صح العقد
وبطل الشرط لأنه لا يفضي إلى جهالة حصة العمل إذ نصيبه من الربح مقابل
بعمله لا غير فلا جهالة فيه لأن الكلام فيما إذا شرط له جزءا معلوما من الربح
شائعا ثم هو شرط لا يقتضيه العقد فيبطل هو دونه لأن المضاربة
لا تفسد بالشروط الفاسدة كالوكالة والهبة لأن صحتها تتوقف على
القبض كالهبة وشرط الوضيعة شرط زائد لا يوجب قطع الشركة في الربح
ولا الجهالة فيه فلا يكون مفسدا أو يكون الوضيعة وهو الخسران على رب
المال لأن ما فات جزء من المال بالهلاك يلزم صاحب المال دون غيره
والمضارب أمين فيه فلا يلزمه بالشرط وصار الأصل فيه أن كل شرط يوجب
جهالة في الربح أو قطع الشركة فيه مفسد وما لا فلا **قال** ويدفع المال
إلى المضارب يعني رب المال يسلم المال إليه ولا بد له من ذلك لأن المضاربة
فيها معنى الإجارة لأن كما يأخذ مقابلا بعمله والمال محل العمل فيجب
تسليمه كالإجارة الحقيقية ولأن المال أمانة في يده فلا يتم إلا بالتسليم
كالوديعة وهذا بخلاف الشركة حيث لا يشترط فيها تسليم المال إلى الآخر
لأن الشركة انعقدت على العمل منهما فشرط انتفاء يد رب المال فيها يخرج
العقد من أن يكون شركة ولا كذلك المضاربة لأن المال فيها من أحد
الجانبين والعمل من الآخر فلا بد من تسليم المال إلى العامل وتخليصه
له ليتمكن من العمل والتصرف فيه وشرط العمل على رب المال ينافي ذلك فلا
يجوز سواء كان المالك عاقدا أو غير عاقد كالصغير والمعتوه لأن يدهما
على ما لهما بجهة الملك كالكبير فبقاء يدهما يمنع كونه مسلما إلى المضارب وكذا
أحد الشريكين إذا دفع المال مضاربة فشرط أن يعمل شريكه مع المضارب
لأن للشريك فيه ملكا فيمنع بقاء يده من تسليمه إلى المضارب وإن لم يكن العاقد
مالكا وشرط أن يتصرف في المال مع المضارب فإن كان العاقد ليس أهلا
للمضاربة في ذلك المال يفسد كالمأذون يدفع ما له مضاربة وشرط
عمله مع المضارب لأن التصرف فيه إليه والتيد ثابتة له في هذا المال ويد
نفسه فصار كالمالك فيما يرجع إلى التصرف فكان قيام يده مانعا
لصحة المضاربة وإن كان العاقد ممن يجوز أن يأخذ ما له مضاربة لم يفسد
المضاربة كالأب والوصي إذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرط أن يعملا بأنفسهما
مع المضارب بجزء من الربح فهو جائز لأنهما لو أخذا ما له مضاربة ليعملا بأنفسهما

بالنصف صح فكذا اذا شرط عمله مع المضارب بجزء من الربح لان كل مال يجوز ان يكون
المرء فيه مضاربا وحده جاز ان يكون فيه مضاربا مع غيره وهذا لان تصرف
الاب والوصي واقع للصغير لكمال ولايتهما لا بطريق النيابة فصار دفعهما كدفع الصغير
وشرطهما كشرطه فيعتبر شرط التخلية من قبل الصغير لانه هو رب المال وقد
تحققت وان دفع العبد المأذون له ماله مضاربة وشرط عمل مولاه مع
المضارب ينظر فان لم يكن عليه دين فسدت المضاربة لان المولى مالك لما
في يده فلم يكن من اهل المضاربة فيه وان كان عليه دين فالمضاربة جائزة
عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه احق بما في يده فصار كالاجنبي في الجانب
اذا دفع ماله مضاربة وشرط عمل مولاه معه تفسد مطلقا لانه يملك ما في
يده فصار كالاجنبي سواء كان عليه دين او لم يكن قال ويبيع بنقد
ونسيئة ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع يعني للمضارب ان يفعل هذه
الاشياء كلها اذا كانت المضاربة صحيحة مطلقة بان دفع اليه بالنصف
مثلا ولم يزد عليه لان المطلق ينتظم الانواع كلها فله ان يفعل ما هو
معتاد بين التجار لانه قد يربح في جهة من التصرف دون جهة او في نوع من
الاموال دون نوع فيطلق له الكل ليحصل غرضه وهو تحصيل الربح والتوكيل
والابضاع والايداع والمسافرة من صنعهم وعن ابي يوسف انه ليس له ان يسافر
به لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وعن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه ان
دفع اليه المال في بلده ليس له ان يسافر به لما ذكرنا وان دفع اليه في غربة كان له
ان يسافر به الى بلده لان الظاهر ان صاحبه رضي به اذ الانسان لا يقيم بدار
الغربة دائما في الغالب واعطاؤه المال مضاربة في هذه الحالة مع علمه
بحاله يدل على رضاه به وجه الظاهر ان المضاربة مشتقة من الضرب في
الارض على ما بينا من قبل فيملكه بمطلق العقد اذ اللفظ دال عليه ولا
نسلم انه تعريض على الهلاك لان الظاهر فيه السلامة ولا معتبر بالموهوم
الا ترى ان للمودع ان يسافر بالوديعة لانه مع انه ليس له ان يودع والمضارب
له ذلك فكان ادنى منها واولى بالجواز وقال ابن ابي ليلى ليس له ان يبيع
بالنسيئة لان ذلك تصرف يوجب قصر يده عن مال المضاربة ويعجزه عن
التصرف فيه فيكون موجبا لضد مقصود رب المال فصار كالاقراض
بل دونه لان القرض يمكن الوصول اليه في الحال بواسطة الطلب وهذا
لا يمكن فيكون فيها نوع اهلاك او تبرع ولهذا لو باع المريض بالنسيئة
يعتبر من الثلث ونحن نقول البيع بالنسيئة من صنيع التجار وهو متعارف
عندهم فدخل عند الاطلاق لان المتعارف كالمنصوص عليه وهو اوفق

الى تحصيل الربح عادة وكان اوفق لمقصود رب المال وله ان يأذن لعبده من
مال المضاربة في التجارة لانه بمنزلة الابضاع وعن محمد انه ليس له ذلك
كالمضاربة قلنا المضارب يصير شريكا والعبد لا يكون شريكا فافترقا
قال ولا يزوج عبدا ولا امة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يزوج الامة
لانه من الاكتساب لانه يصل الى المهر والى سقوط نفقتها بخلاف العبد
فان فيه اشغال رقبته بالدين واستحقاق بيعه به ولهما انه ليس من باب
التجارة فلا يدخل تحت الاطلاق لان لفظ المضاربة يدل على تحصيل المال
بطريق التجارة لا باي طريق كان الا ترى انه ليس له ان يكاتب ولا يعتق على
مال وان كان باضعاف قيمته بخلاف المكاتب حيث يجوز له ان يزوج الامة
دون العبد لان الكتابة تقتضي الاكتساب دون التجارة ولهذا كان
له ان يكاتب فيملك تزويج الامة ايضا ونظيرها الاب والوصي حيث ملكا
تزويج الامة والكتابة دون تزويج العبد لان تصرفهما مقيد بالنظر
للصغير فما كان فيه نظر للصغير فعلاه وما لا فلا ونظير المضارب
الشريك شركة عنان او مفاوضة حتى كان تزويجه الامة على الخلاف
قال ولا يضارب الا باذن او اعمل برأيك يعني لا يجوز له ان يعطي المال
مضاربة الا ان يأذن له رب المال او يقول له اعمل برأيك لان الشيء لا يتضمن
مثله الا بالتنصيص عليه او التفويض المطلق اليه الا ترى ان الوكيل ليس
له ان يوكل غيره الا بما قلنا بخلاف المكاتب والعبد المأذون له والمستعير
حيث تتضمن هذه العقود امثالها لانهم يتصرفون بحكم المالكية لا بحكم
النيابة لان المكاتب صار حرا يدا فله ان يكاتب ولان الكتابة كالبيع
من نفسه ليستفيد فيملكه والمأذون له بفك الحجر يتصرف لنفسه فله ان
يأذن لعبده والمستعير يملك ايضا تمليك المنفعة بخلاف الايداع والابضاع
لانهما دونها فيتضمنهما وبخلاف الاقراض والاستدانة حيث لا يملكهما الا
بالتصريح لان المراد من قوله اعمل برأيك التعميم فيما هو من عادة التجار وليسا
منه فصار كالهبة والصدقة ونظير المضاربة الشركة والخلط بمال
نفسه لانهما من صنيع التجار فيدخل تحت قوله اعمل برأيك قال ولم
يتعد عما عينه من بلد وسلعة ووقت ومعامل كانت الشركة اي اذا خص له
رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها او في معاملة رجل بعينه
لا يجوز له ان يتعداه فان تعدى صار ضامنا لان المضاربة توكيل وفي التخصيص
فائدة من الاحتراز عن خطر الطريق وخيانة المضارب ومن نفقته من ماله وكذا الاسعار
قد تختلف فالتقييد يحصل الفائدة فيعتبر فلو عين له بلدا فاخرجه الى

ذلك البلد او دفعه بضاعة الى من يخرجه من ذلك البلد ضمن لانه بالمخالفة
صار غاصبا وان اشترى شيئا بعد ذلك كان المشترى له لانه بالاخراج
بطلت المضاربة وتقرر ذلك بالشراء والنقد من مال الغير فكان له فصار
كمن اشترى شيئا ونقد الثمن من المغصوب ولو لم يشتر شيئا حتى رد المال
الى البلد الذى عينه له برئ من الضمان كالمودع اذا خالف فى الوديعة
ثم رجع الى الوفاق وعاد المال مضاربة مثل ما كان لانه بيده باقية
بالعقد السابق وكذا لو رد البعض يكون المردود مضاربة حتى اذا اشترى
فى ذلك البلد كان للمضاربة اعتبارا للجزء بالكل لان التقييد به لما كان
مفيدا تقيد به وصار متعديا بالاخراج متعديا ضامنا لكنه لا يتقرر الا بالشرا
من ذلك المال فاذا رجع قبل تقرره زال الضمان على ما بينا فيبقى المال على ما كان
وهذا بخلاف ما اذا قيده فى سوق معين من المصر حيث لا يتقيد به لان المصر
الواحد قلما يتفاوت جوانبه واسواقه لانه كبقعة واحدة فلا يفيد
التقييد الا اذا صرح بالنهى بان قال اعمل فى هذا السوق ولا تعمل فى غيره
فحينئذ يتقيد به لان المال له وولاية التصرف فيه اليه ولعل ذلك يفيد
لوجود الاختلاف حقيقة وكذا حكما الا ترى ان المودع اذا شرط عليه
الحفظ فى محلته ليس له ان يحفظها فى محلة اخرى فاذا تصور الاختلاف
تقيد به فيضمن اذا خالفه بخلاف ما اذا قال له بع نسيئة ولا تبع حالا
حيث كان له ان يبيعه حالا عند عدم اختلاف السعر بينهما لانه محالفة
الى خير فيصير ضمنوهنا؟ نفسه لا ولو وكل شخصا ببيع عبده بالف درهم ونهاه عن
البيع بالزيادة فباع الوكيل بالعين فانه يجوز لما قلنا فكذا هذا وهذا
لان الشرط اذا كان غير مفيد لا يعتبر حتى اذا اودعه وقال لا تضعها فى ذلك
البلد لانها زالها يتقيد به لعدم الفائدة فيه ثم من الالفاظ الذى تفيد
التقييد بالمذكور قوله خذ هذا مضاربة تعمل به فى مصر لان قوله تعمل تفسير
لقوله خذه مضاربة والكلام المبهم اذا تعقبه تفسير كان الحكم للتفسير
وكذا قوله فاعمل به لانه فى معنى التفسير لان الفا للوصل والتعقيب
والذى وصل الكلام المبهم وتعقبه كان تفسيرا له وكذا لو قال خذه
مضاربة بالنصف بمصر لان الباء للالصاق فيقتضى ان يكون العمل فيه
وكذا لو قال خذه مضاربة بالنصف فى مصر لان فى للظرف وانما يكون ظرفا
اذا حصل الفاعل والفعل فيه وكذا اذا قال خذه مضاربة واعمل به
فى مصر لا يتقيد به حتى لا يضمن فى العمل فى غيره لان الواو للعطف والشئ
لا يعطف على نفسه وانما يعطف على غيره وقد يكون للابتداء اذا كان بعدها

يكون

فتكون مشورة لا شرطا فى الاول وفى الكافى مما يفيد التقييد من الالفاظ
ستة دفعت اليك المال مضاربة على ان تعمل بالكوفة او لتعمل به او تعمل
بالكوفة مجزوما او مرفوعا او فاعمل به بالكوفة او قال دفعت اليك مضاربة
بالنصف بالكوفة ومما لا يفيد التقييد لفظان دفعت اليك مضاربة
واعمل بالكوفة او قال اعمل بالكوفة والضابط ان رب المال حتى ذكر عقيب
المضاربة ما لا يمكن التلفظ به ابتداء او يمكن جعله مبنيا على ما قبله يجعل
مبنيا عليه كما فى الالفاظ الستة وان استقام الابتداء به لا ينبنى على ما قبله
ويجعل مبتدأ كما فى اللفظين الاخرين وحينئذ يكون الزيادة مشورة
فكان له ان يعمل فى الكوفة وغيرها ولو قال خذه مضاربة على ان تشترى
به الطعام او قال فاشتر به الطعام او قال تشترى به الطعام او قال
خذه مضاربة بالنصف فى الطعام فهذا كله مقيد فيعتبر فيه التقييد
به ولو قال على ان تشترى من فلان وتبيع منه صح التقييد وليس له ان
يشترى ويبيع من غيره لان هذا التقييد مفيد لتفاوت الناس فى
المعاملة قضاء واقتضاء ولو قال على ان تشترى به من اهل الكوفة او
من الصيارفة وتبيع منهم فباع فى الكوفة من غير اهلها او غير الصيارفة
جاز لان المقصود من مثل هذا الكلام عادة التقييد بالمكان او بالنوع
فيتقيد بالمكان والنوع حتى لا يجوز له ان يخرج من الكوفة فى الاول ويبيع
من الصيارفة وغيرهم لان التقييد بالمكان او النوع مقيد فيعتبر ولا يفيد
التقييد باهل الكوفة والصيارفة لان كل واحد منهما جمع كثير لا يمكن احصاؤهم
فيجتمع فيهم الطالح والصالح فلا يفيد التقييد بهم فلا يعتبر فيفيد التقييد
بالمكان والنوع من حفظ المال على ما يرى فيعتبر ولذلك ان وقت
للمضاربة وقتا يتقيد به لانه توكيل فيتقيد به كما يتقيد بالنوع والمكان

قال ولم يشتر من يعتق على المالك اى ليس له ان يشترى من يعتق على
رب المال بقرابة او بسبب يمين لان عقد المضاربة شرع لتحصيل الربح
وذلك بالبيع بعد الشراء وفى التصرف فيه كثيرا والعتق ينافيه بخلاف الوكيل
بشراء العبد حيث يجوز له ان يشترى من يعتق على الموكل لان التوكيل هنا
مطلق فيجرى على اطلاقه وهنا مقيد بما يمكن التجارة فيه حتى لو وجد
فى الوكالة ايضا ما يدل على التقييد بان قال اشتر لى عبدا ابيعه او قال
استخدمه او جارية اطاها كان الحكم كذلك ولو اشترى من يعتق على رب
المال صار مشتريا لنفسه لان الشراء اذا وجد نفاذا نفذ على المشترى
كالوكيل اذا خالف بخلاف ما اذا اشترى الوكيل من يعتق على الموكل حيث



يتقيد على الموكل والفرق ما بيّنا قال: او عليه ان ظهر ربح اي ليس
للمضارب ان يشتري من يعتق عليه اذا كان في المال ربح لانه يعتق نصيبه
ويفسد نصيب رب المال او يعتق على الاختلاف الذي بيّناه في
العتق فيمتنع التصرف فيه والمراد من ظهور الربح المذكور هنا ان يكون قيمة
العبد المشتري اكثر من راس المال سواء كان في جملة مال المضاربة ربح او لم يكن
لانه اذا كان قيمة العين مثل راس المال او اقل لا يظهر ملك المضارب فيه
بل يجعل مشغولا براس المال حتى اذا كان راس المال الفا وصار عشرة
الاف درهم ثم اشترى المضارب من يعتق عليه وقيمته الف او اقل لا
يعتق عليه وكذا لو كان له ثلاثة او اكثر وقيمة كل واحد الف
او اقل فاشتراهم لا يعتق منهم شيء لان كل واحد مشغول براس المال ولا
يملك المضارب منهم شيئا حتى يزيد قيمة كل عين على راس المال على حدة من
غير ضم الى الآخر قال: وضمن اي فعل اي ضمن المضارب ان اشترى قريبه
وقيمته اكثر من راس المال لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد
من مال المضاربة قال: وان لم يظهر ربح صح اي ان لم يكن في قيمة العبد
المشتري زيادة على راس المال جاز شراؤه للمضاربة لانه اذا لم يزد قيمته
على راس المال لا يعتق عليه اذ لا ملك للمضارب فيه لكونه مشغولا براس
المال فيمكنه ان يبيعه للمضاربة فيجوز قال: فان ظهر عتق حظه
اي ان ظهر ربح في المشتري بعد الشراء بان كانت قيمته وقت الشراء قدر راس
المال او اقل ثم زادت قيمته حتى صارت اكثر من راس المال عتق نصيب
المضارب لانه ملك بعض قريبه فوجب ان يعتق عليه بقدره قال: ولم
يضمن لرب المال لانه لا صنع له فيه وانما عتق عليه بطريق الحكم بسبب
زيادة القيمة من غير اختيار فصار كما اذا ورثه مع غيره قال: وسعى
المعتق في قيمة نصيب رب المال منه لانه احتبست ماليته عنده فيسعى فيها
كما في العبد الموروث بين اثنين واحدهما ابوه وفي الكافي لو اشترى بنصفه مال
المضاربة ولا فضل فيه وبنصفه بماله صح عليهما لان هذا النصف لا ربح فيه
فلم يثبت العتق فيه وانما دخل العتق فيه حكما لما اشتراه لنفسه فلم يخرج
مخالفا والشريك في هذا والاب والوصي كالمضارب حتى اذا اشترى احد
الشريكين عبدا هو ذو رحم محرم من الشريك الآخر نفذ على المشتري كما ينفذ
على المضارب وكذا لو اشترى الاب او الوصي للصغير عبدا هو ذو رحم محرم
من الصغير او المعتوه لا ينفذ عليهما وانما ينفذ على الاب والوصي لانه لا نظر فيه
للصغير بخلاف العبد المأذون له فانه لو اشترى ذا رحم محرم من المولى يصح

ثم اذا لم يكن عليه دين محيط برقبته وكسبه عتق على المولى وان كان عليه
دين محيط برقبته وكسبه لا يعتق عنده وعندهما يعتق على انه هل يدخل
في ملك المولى ام لا قال: معه الف بالنصف اي مع المضارب فاشترى
به امة قيمتها الف فولدت ولدا يساوي الفا فادعاه موسرا اي ادعاه
المضارب في حال يساره فبلغت قيمته الفا وخمسمائة سعى لرب المال في الف
وربعه اي ربع الالف وهو مائتان وخمسون او اعتقه فان قبض الالف
ضمن المدعي وهو المضارب نصف قيمتها اي نصف قيمة الجارية وانما كان كذلك
لان دعوة المضارب دعوة صحيحة ظاهرا لانه يحمل على انه وطئها بالنكاح
بان زوجها البائع منه ثم باعها منه وهي حبلى منه حملا لامره على الصلاح
لكنها لا تنفذ هنا الدعوى لعدم الملك وهو شرط فيه اذ كل واحد من الجارية
وولدها مشغول براس المال فلا يظهر الربح فيه لما عرف ان مال المضاربة
اذا صار اجناسا مختلفة كل واحد منها لا يزيد على راس المال لا يظهر الربح
عندنا خلافا لزفر رحمه الله لان بعضها ليس اولى به من البعض فاذا كان كذلك
لم يكن للمضارب نصيب في الامة ولا في الولد وانما الثابت له مجرد حق التصرف
فلا تنفذ دعوته فاذا زادت قيمة الغلام وصارت الفا وخمسمائة ظهر
الربح فيه في ذلك الوقت فيملك المضارب منه نصف الزيادة فنفذت
دعوته السابقة فيه لوجود شرطها وهو الملك بخلاف ما اذا اعتق الولد
ثم ظهرت الزيادة حيث لا ينفذ اعتاقه السابق لان الاعتاق انشاء فاذا
بطل لعدم الملك فلا ينفذ بعده بوجوده اما الدعوة فاخبار فاذا رد
في حق غيره فهو باق في حق نفسه فاذا ملكه بعد ذلك نفذت دعوته فيه



كما اذا اقر بحرية عبد لغيره ثم رد اقراره فاذا ملكه بعد ذلك صار
حرا ولو اعتق عبد الغير ثم ملكه لا ينفذ عتقه لما قلنا فاذا نفذت
دعوته صار الغلام ابنا له وعتق بقدر نصيبه وهو ربعه ولم يضمن المضارب
حصة رب المال من الولد لان العتق ثبت بالملك والنسب فصارت
العلة ذات وصفين والملك آخرهما وجودا فيضاف الحكم وهو العتق اليه
لان الحكم يضاف الى الوصف الاخير اصله وضع القفة على السفينة والقدح
في السكر الاخير ولهذا قال الصديق رضي الله عنه للذي اقر بين يديه
بالزنا ثلاث مرات انك ان اقررت الرابعة فانها الموجبة ولا صنع للمضارب في
الملك فلا يجب عليه الضمان لعدم التعدي اذ لا يجب ضمان العتق الا بالتعدي
فكان رب المال بالخيار ان شاء اعتق نصيبه من الغلام وان شاء استسعاه
لان ماليته احتبست عنده على ما عرف في الاعتاق فاذا اختار الاستسعا

استسعاه في ألف ومائتين وخمسين لأن الألف مستحق له برأس المال ومائتين
وخمسين نصيبه من الربح فإذا قبض الألف درهم صار مستوفيا لرأس ماله
وظهر أن الغلام كلها ربح لفراغها عن رأس المال وكانت بينهما نصفين ونفذ
فيها دعوة المضارب وصارت كلها أم ولد له لأن الاستيلاد إذا صادف
محلا يحتمل النقل لا يتجزى بالإجماع ويجب نصف قيمتها لرب المال موسرا
كان أو معسرا لأنه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والإعسار ولا
يتوقف على التعدي لأنه ضمان تملك ولهذا لو ورث أم ولده مع غيره يتملكها
كلها ويجب عليه أن يضمن حصة غيره من قيمتها موسرا كان أو معسرا بخلاف
ضمان الإعتاق فإنه ضمان إفساد الملك وهو متولد من تصرفه في ملكه فلا
يجب بغير تعدي ولا على معسر واشتراط اليسار هنا ليعلم أنه لا يجب على
أحد إلا شرطا فينفر رب المال الألف من الغلام حتى تصير الجارية أم ولد
للمضارب لأنها مشغولة برأس المال فإذا قبضه من الغلام فرغت عن رأس
المال وصارت كلها ربحا فظهر فيها ملك المضارب فصارت أم ولد له
لما ذكرنا فإن قيل لم لا يجعل المقبوض من الولد من الربح وهو ممكن بأن يجعل
الولد كله ربحا وهي مشغولة برأس المال على حالها قلنا المقبوض من جنس رأس
ماله فكان هو أولى بجعله من رأس المال ولأن رأس المال مقدم على الربح
إذ لا يسلم لهما شيء من الربح إلا بعد سلامة رأس المال لرب المال فكان
جعله به أولى بعد وصوله إلى يده ولو لم تزد قيمة الولد على ألف وزادت
قيمة الأم حتى صارت ألفا وخمسمائة صارت الجارية أم ولد للمضارب ويضمن
لرب المال ألف درهم ومائتين وخمسين درهما لأنها لما زادت قيمتها
ظهر فيها الربح وملك المضارب بعض الربح فنفذت دعوته فيها ويجب
عليه لرب المال رأس ماله وهو ألف ويجب عليه أيضا نصيبه من الربح
وهو مائتان وخمسون درهما فإذا وصل إلى يده ألف استوفى رأس المال
وصار الولد كله ربحا فيملك المضارب منه نصفه فيعتق عليه وما لم
يصل إلى رب المال الألف فالولد رقيق على نحو ما ذكرنا في الأم فيأخذه
منه مائتين وخمسين على أنه نصيبه من الربح ولو زادت قيمتها عتق الولد
وصارت الجارية أم ولد له لأن الربح ظهر في كل واحد منهما ويأخذ رأس
المال من المضارب لأن ما وجب عليه أيسر المالين لأنه معجل وهو من السعاية
مؤجلة والعبد معسر ويأخذ منه أيضا ما بقي من نصيبه من الربح ويضمن أيضا
نصف عقرها لأنه لما استوفى رأس المال ظهر أنه ربح لأن عقرها من مال المضاربة
يكون للمضاربة ويسعى الغلام في نصيب رب المال ويسقط عنه نصيب

المضارب والله أعلم

باب المضارب يضارب

قال وإن ضارب المضارب بلا إذن لم يضمن ما لم يعمل الثاني أي إذا دفع
المضارب المال مضاربة بغير إذن رب المال لم يضمن بالدفع ما لم يتصرف الثاني
وهذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يضمن حتى يربح وقال
زفر رحمه الله يضمن بالدفع تصرف أو لم يتصرف وهو رواية عن أبي يوسف لأنه
ليس له أن يدفع المال على وجه المضاربة لأن العقد لا يقتضي مثله فيضمن
الأول بالدفع والثاني بالأخذ لأن كلا منهما متعد كالمودع إذا أودع الوديعة
بغير إذن صاحبه ووجه الظاهر أن الدفع إيداع حقيقة وإنما يتقرر كونه للمضاربة
بالتصرف ووجه المروي عن أبي حنيفة رحمه الله أن العقد المجرد لا يوجب الضمان
ولهذا لا يضمن الفضولي بمجرد بيع مال الغير ولا بالتسليم لأجل التصرف لأنه
إيداع وهو يملك ذلك ولا بالتصرف لأنه وكيل فيه على ما بينا من قبل وهو له
أن يوكل وهذا لأنه إنما يصير ضامنا بالمخالفة وبهذه الأشياء لا يكون مخالفا
ألا ترى أن له أن يفعل كل واحد منها على الانفراد فلا يكون ضامنا به لكن
إذا ربح أثبت الشركة فيه وإثبات الشركة في مال الغير يثبت الضمان كما إذا
خلطه بمال غيره ثم رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول رأس ماله لأنه صار
غاصبا بالدفع إلى غيره بغير إذنه وإن شاء ضمن الثاني لأنه قبض مال الغير
بغير إذن صاحبه وهذا ظاهر على أصلهما لأنهما يوجبان الضمان على مودع
المودع وأما عند أبي حنيفة فقد قيل ينبغي أنه لا يضمن الثاني كمودع المودع
وقيل يضمن الثاني عنده أيضا لأنه قبضه لمنفعة نفسه بخلاف مودع المودع
فإنه يقبضه لمنفعة صاحب المال فإن ضمن الأول صحت المضاربة بين الأول
والثاني والربح بينهما على ما شرطا لأنه بأداء الضمان ملكه من وقت خالف
فصار كما لو دفع مال نفسه مضاربة إلى الثاني وإن ضمن الثاني يرجع بما ضمن
على الأول لأنه التزم له سلامة المقبوض له عن الضمان فإذا لم يسلم له رجع
عليه بما لحقه إذ هو مغرور من جهته كمودع الغاصب وصحت المضاربة بينهما
لأنه لما كان قرار الضمان عليه ملك المدفوع مستندا إلى وقت التعدي فتبين
أنه دفع مضاربة ملك نفسه ويكون الربح بينهما على ما شرطا لصحة المضاربة
ويطيب للثاني ما ربح لأنه يستحقه بالعمل ولا خبث في عمله ولا يطيب للأول
لأنه يستحقه برأس المال وملكه فيه ثبت مستندا فلا يخلو عن شبهة فيكون
سبيله التصدق وهذا إذا كانت المضاربتان صحيحتين وأما إذا كانت إحداهما
فاسدة أو كلاهما فلا ضمان على واحد منهما لأنه إن كانت الثانية هي الفاسدة
صار أجيرا على ما بيناه وللأول أن يستأجر من يعمل في المال وإذا كانت هي الأولى

فكذلك لان فسادها توجب فساد الثانية لان الاولى لما فسدت صارت
اجارة وصار الربح كله لرب المال ولو صحت في هذه الحالة لصار الثاني
شريكا وليس للاجير ان يشرك غيره بل المضارب لا يملك ذلك فكانت في معنى
بالعروض وكانا اجيرين وكذا اذا كانتا فاسدتين فاذا كانا اجيرين
لا يضمن واحد منهما ولا يقال الاجير ليس له ان يستاجر للعمل فكيف جاز
هنا للمضارب الاول ان يستاجر بعد ما فسدت الاولى وهو اجير فيها لانا
نقول الفاسد من العقود معتبر بالصحيح منها فلما كان له ان يستاجر في المضاربة
الصحيحة كان له ان يستاجر في الفاسدة اعتبارا قال فان دفع باذن
بالثلث وقيل له ما رزق الله بيننا نصفان فللمالك النصف وللاول
السدس وللثاني الثلث اي دفع المضارب الاول الى المضارب الثاني المال
وكان رب المال قال للاول على ان ما رزق الله بيننا نصفان وربح الثاني
فلرب المال النصف وللمضارب الاول السدس وللمضارب الثاني الثلث لان
الدفع الى الثاني صحيح لانه باذن المالك ورب المال شرط لنفسه نصف
جميع ما رزق الله تعالى وقد جعل الاول للثاني ثلثه فينصرف ذلك الى
نصيبه لانه لا يقدر ان ينقص من نصيب رب المال شيئا فيبقى له السدس ويطيب
ذلك الكلام لان رب المال يستحقه بالمال لانه نماء ملكه والمضارب الاول
والثاني يستحقانه بالعمل لان عمل الثاني وقع عنهما فصار نظير استاجر
خياطا ليخيط له ثوبا بدرهم فاستاجر هو غيره ليخيط له ذلك الثوب
بنصف درهم وزاد في الثوب صار له طيبا لما قلنا فهذه لا شبهة فيها
وهي نحتاج حسنة حيث يستحق الاول سدس الربح وهو قاعد قال ولو
قيل له ما رزقك الله بيننا نصفان اي قال رب المال للاول ذلك
والمسئلة بحالها فللثاني ثلثه والباقي بين الاول والمالك نصفان
لان رب المال هنا شرط ان يكون ما رزق الله تعالى للمضارب الاول بينهما
نصفان والمرزوق للاول هو الثلثان لان الثلث استحقه الثاني بشرط
الاول وهو ماذون له فيه فلم يكن من رزق الاول الا الثلثان فيكون ذلك
بينهما نصفين ويطيب لهم بلا شبهة ايضا لما ذكرنا وهذا احسن وجوه الاول
قال ولو قيل له ما ربحت بيننا نصفان ودفع بالنصف فللثاني النصف
واستويا فيما بقي اي قال رب المال للمضارب الاول اي شيء ربحت فهو
بيننا نصفان ثم دفع الاول للثاني بالنصف فللثاني نصف الربح لان الاول
شرط له ذلك وشرطه صحيح لانه باذن المالك والباقي وهو النصف استويا
فيه رب المال والمضارب الاول فيكون بينهما نصفين لان رب المال لم يشرط

لنفسه

لنفسه هنا الا نصف ما ربحه الاول ولم يربح هو الا النصف والنصف الآخر
صار للثاني بشرطه فلم يكن من ربح الاول وهذه مثل المسئلة الثانية
غير ان المشروط فيها للثاني الثلث فبقي لهما الثلثان وفي هذه النصف
فيبقى لهما النصف قال ولو قيل له ما رزق الله فلي نصفه او ما كان
من فضل فبيننا نصفان فدفع بالنصف فللمالك النصف وللثاني النصف
ولا شيء للاول لان قول رب المال ما رزق الله او ما كان من فضل ينصرف
الى جميع الربح فيكون له النصف من الجميع وقد شرط المضارب الاول للثاني
نصف جميع الربح فيكون له ايضا النصف فلم يبق للاول شيء من الربح فيخرج
بغير شيء كمن استاجر رجلا ليخيط له ثوبا بدرهم فاستاجر الاجير غيره ليخيط
ذلك الثوب بدرهم بخلاف ما اذا قال ما ربحت بيننا نصفان او ما رزقك
الله حيث يكون لرب المال فيهما نصف ما بقي من الثاني وهما المسئلة المتقدمة
على ما بينا والاصل فيه ان رب المال متى شرط لنفسه نصف الربح او ثلثه
من مطلق الربح فله ما شرط من جميع الربح وان شرط لنفسه نصف ما يربحه
المضارب الاول او ثلثه فله ما شرط مما فضل من نصيب الثاني فلا يمكن
ان يخرج الاول في هذه بغير شيء وفي الاول يمكن على ما رأيت ويمكن ان يضمن
للثاني ايضا على ما نبين قال ولو شرط للثاني ثلثيه والمسئلة
بحالها ضمن الاول للثاني سدسا اي سدس الربح في ماله لان رب المال شرط
لنفسه النصف من مطلق الربح فله ذلك واستحق المضارب الثاني ثلثي
الربح بشرط الاول لان شرطه صحيح لكونه معلوما لكنه لا ينفذ في حق رب
المال اذ لا يقدر ان يغير شرطه فيغرم له قدر السدس لانه ضمن له سلامة
الثلثين بالعقد ولانه غره في ضمن عقد المضاربة وهو ايضا سبب للرجوع
كمن استاجر رجلا لخياطة ثوب بدرهم فدفعه الى اخر ليخيط بدرهم
ونصف قال وان شرط للمالك ثلثه ولعبده ثلثه على ان يعمل معه
ولنفسه ثلثه صح اي اذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد
رب المال ثلث الربح على ان يعمل العبد مع المضارب ولنفسه ثلث الربح
جاز لان اشتراطه للعبد يكون اشتراطا للمولى فكانه شرط للمولى ثلثي
الربح واشتراط عمل العبد غير مفسد لانه من اهل ان يضارب في مال مولاه
وللعبد يد حقيقة ولهذا لا يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه العبد
وان كان محجورا عليه لا استيما هنا لانه يكون العبد ماذونا له باشتراط
العمل عليه فلا تكون يد مولاه ثابتة فيه بعد التسليم اليه فصحت
المضاربة لزوال يد المولى عن المال بخلاف ما اذا شرط عمل رب المال

لان بقاءه يمنع تسليم المال الى المضارب فلا يجوز ثم ان لم يكن على العبد دين
فهو للمولى سوى شرط فيها عمل العبد او لم يشرط وان كان عليه دين فهو
لغرمائه ان شرط عمله وان لم يشرط عمله فهو للمولى وهذا ظاهر لانه باشتراط
عمله صار مضاربا في مال مولاه كسبه له فيأخذه غرماؤه والا فهو للمولى وان
لم يشترط عمله فهو اجنبي عن العقد فكان المشروط كالمسكوت عنه فيكون له
لانه نماء ملكه اذ لا يشترط بيان نصيبه وانما يشترط بيان نصيب المضارب
لكونه كالاجير ولذلك اذا اشرط الثلث لعبد المضارب يصح سواء شرط عليه
العمل او لم يشرط ان لم يكن عليه دين لان ما شرطه له للمولى فيكون كانه شرط
للمولى من الابتدا وان كان عليه دين ان شرط عمله جاز وكان المشروط لغرمائه
وان لم يشترط عمله لا يجوز ويكون ما شرطه له لرب المال عند ابي حنيفه لان
المولى لا يملك كسب عبده المديون عنده فلا يكون المشروط للعبد مشروطا
للمولى فتعذر تصحيحه له وكذا لا يمكن جعله للعبد من غير عمل فيبطل بخلاف ما
اذا اشرط لعبد رب المال بلا عمل فان العبد ان لم يستحقه يبقى في ملك رب المال
فيكون له لانه نماء ملكه وعندهما المولى يملك كسب عبده المدين فاشتراطه
للعبد يكون اشتراطا للمولى فيصح هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد
العبد الماذون له عقد المضاربة مع اجنبي وشرط العمل على مولاه لا يصح
ان لم يكن عليه دين لانه اشتراط العمل على المالك بخلاف العكس وان كان
على العبد دين صح عند ابي حنيفه لان المولى لا يملك كسب عبده المديون ٠
فصار من اهل ان يعمل في ماله المضاربة وعندهما يملك كسب عبده المدين
ولا يجوز ولو شرط بعض الربح لمكاتب رب المال او المضارب ان شرط عمله جاز
عمله وكان المشروط له لانه صار مضموما مضاربا له باشتراط العمل عليه
وهو من اهل ان يضارب في مال مولاه لانه كالاجنبي عنه وان لم يشترط عمله
لا يجوز لان هذا ليس بمضاربة وانما المشروط هبة موعوده فلا يلزم وعلى
هذا غيره من الاجانب ان شرط له بعض الربح وشرط عليه عمله صح والا فلا
ويعلم بما ذكرنا ان اشتراط عمل العبد مع المضارب في المختصر وقع اتفاقا
او اعلاما ان يده ليست يد المولى حتى لا يمنع صحة المضاربة بخلاف اشتراطه
على المولى **قال** وتبطل بموت احدهما لان المضاربة وكالة وهي تبطل به
ولا تورث وقد عرف في موضعه **قال** وبلحوق المالك مرتدا يعني تبطل ٠
المضاربة بلحوق رب المال بدار الحرب مرتدا لان اللحوق بمنزلة الموت ولهذا
يورث ماله وتعتق امهات اولاده ومدبروه وقبل لحوقه تتوقف تصرف مضاربته
عند ابي حنيفه على النفاذ بالاسلام او البطلان بالموت او القتل لانه

متصرف

متصرف له فصار كتصرفه بنفسه ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها
عندهم لان تصرفاته انما توقفت لمكان توقفه في ملكه ولا ملك له هنا في
مال المضاربة وله عبارة صحيحة فلا تتوقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة
على حالها **قال** وينعزل بعزله ان علم اي ينعزل المضارب بعزل رب المال
اياه بشرط ان يعلم العزل لانه وكيل من جهته فيشترط فيه العلم بعزله على ما بينا
في الوكالة **قال** وان علم والمال عروض باعها اي علم المضارب بالعزل
ومال المضاربة عروض باع العروض ولا ينعزل من ذلك لان له حقا في الربح
ولا يظهر الا بالنض وثبت له حق البيع ليظهر ذلك **قال** ثم لا يتصرف في
ثمنها لان البيع بعد العزل كان للضرورة حتى يظهر الربح ان كان فيه ولا حاجة
اليه بعد النض فصار كما اذا عزله بعد ما نض وصار من جنس راس المال ولو
عزله والمال نقود لكن من خلاف جنس راس المال ليس له ان يبيعه بجنس راس المال
قياسا لان النقدين جنس واحد من حيث الثمنية وفي الاستحسان له ان يبيعه
بجنس راس المال لان الواجب على المضارب ان يرد مثل راس المال وانما
ذلك برد جنسه فكان له بيعه بغير وزن ومونه وارتداده مع اللحوق وجنونه
مطبقا والمال عروض كعزله والمال عروض حتى لا يمنعه موت رب المال من بيعه
كما لا يمنعه عزله منه لان جواز بيعه له بعد العزل لاجل حق المضارب لاحتمال
ان يكون فيه الربح فيظهر وذلك لا يختلف بين ان يكون العزل حكما او قصدا
لان حقه ثابت فيه على كل حال بخلاف ما اذا لم يكن له فيه حق بان نض كله
او كان وكيلا لا مضاربا حيث يختلف فيه بين العزل القصدي والحكمي
حتى لا ينعزل في القصدي الا اذا علم وفي الحكمي ينعزل علم او لم يعلم على ما بينا
من الفرق بينهما في الوكالة وصار لا فرق بينهما لان المانع هو ثبوت حقه
وهو ثابت فيه على كل حال والدليل على انهما يستويان فيه اذا لم يعلم بالعزل
لا تأثير له هنا فكذا كونه حكميا لان القصدي بعد العلم يساوي الحكمي مطلقا
قال ولو افترقا وفي المال ديون وربح اجبر على اقتضاء الديون لانه
كالاجير والربح كالاجرة له وقد سلم له ذلك فيجبر على اتمام عمله كما في الاجارة
المحضة **قال** والا لا يلزمه الاقتضاء اي ان لم يكن في المال ربح لا يلزمه
الاقتضاء لانه وكيل محض وهو متبرع فلا جبر على المتبرع على ايفاء ما تبرع
به ولهذا لا يجبر الواهب على التسليم ولا يقال الرد واجب عليه وذلك
انما يكون بالتسليم كما اخذه لانا نقول الواجب عليه رفع الموانع وذلك
بالتخلية لا بالتسليم حقيقة **قال** ويوكل المالك عليه اي يوكل ه
المضارب المالك وهو رب المال على الاقتضاء لان حقوق العقد تتعلق

بالعاقد ورب المال ليس بعاقد فلا يتمكن من المطالبة الا بتوكيله فيؤمر بالتوكيل كيلا يضيع حقه وعلى هذا كل وكيل بالبيع وكل مستبضع اذا امتنع من التقاضي لا يجبر على التقاضي ولكن يجبر على ان يحيل صاحب المال كيلا يضيع حقه قال والسمسار يجبر على التقاضي لانه يبيع ويشتري للناس عادة باجر فجعل ذلك بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة فيجب عليه التقاضي والاستيفا لانه وصل اليه بدل عمله فصار كالمضارب اذا كان في المال ربح والسمسار بكسر الاول المتوسط بين البائع والمشتري فارسية معربة والجمع السماسرة يبيع ويشتري للناس باجر من غير ان يستاجر ولو استاجر باجرة معلومة على ان يشتري او يبيع شيا معلوما لا يجوز الاجارة لانه استوجر على عمل لا يقدر على اقامته بنفسه فان الشرا والبيع لا يتم الا بمساعدة غيره وهو البائع والمشتري فلا يقدر على تسليمه والحيلة في جوازه ان يستاجره يوما للخدمة فيستعمله في البيع والشرا الى اخر المدة لان العقد يتناول المنفعة وهي معلومة ببيان قدر المدة وهو قادر على تسليمه بتسليم نفسه في المدة ولو عمل من غير شرط واعطاه شيا لا باس به لانه عمل معه حسنة فجازاه خيرا وبذلك جرت العادة وما راه المومنون حسنا فهو عند الله حسن قال وما هلك من مال المضاربة فمن الربح لانه تابع وراس المال اصل لتصور وجوده بدون الربح لا العكس فوجب صرف الهالك الى التبع لاستحالة بقائه بدون الاصل كما يصرف الهالك الى العفو في الزكاة قال فان زاد الهالك على الربح لم يضمن المضارب لانه امين فلا يكون ضمينا للتنافي بينهما في شيء واحد قال وان قسم الربح وبقيت المضاربة ثم هلك المال او بعضه ترادا الربح لياخذ المالك راس ماله لان اذا اقتسما الربح والمضاربة باقية على حالها ولم يفسخاها بان اقتسما بعض المال وتركا بعضه في يد المضارب على انه راس المال والمقسوم ربح ثم هلك المتروك في يده وهو امانة ترادا الربح الذي اقتسماه حتى يستوفي رب المال راس ماله لان الربح تابع وراس المال اصل فلا يسلم الربح بدون سلامة الاصل قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل المومن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له راس المال فكذلك المومن لا يسلم له نوافله حتى تسلم له عزايمه او قال فرايضه فاذا هلك ما في يده تبين انه ليس براس مال وان ما اقتسماه ليس بربح اذ لا يتصور بقا المبيع بدون الاصل فيضمن المضارب ما اخذه على انه ربح لانه اخذه لنفسه حتى يتم راس المال بخلاف ما بقي في يده حيث لا يضمنه لانه لم ياخذه لنفسه وما اخذه رب المال محسوب

عليه من راس المال ونظيره عزل الورثة بعض التركة لقضا دين الميت ثم اقتسما بقية التركة ثم هلاك المعزول فان قسمتهم قد بطلت ووجب عليهم الترداد لقضا الدين فان كان فيهم غريم فهو محسوب عليه من الدين لان الورثة لا يسلم لهم شي الا بعد قضا الدين قال وما فضل فهو بينهما اي ما فضل من راس المال بعد الترداد يكون بينهما لانه ربح لان رب المال لم يبق له حق بعد استيفا راس المالية الا في الربح قال وان نقص لم يضمن المضارب لانه امين فيه قال وان قسم الربح وفسخت ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الاول اي لو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها ثانيا فهلك المال بعد ذلك لم يترادا الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت بالفسخ وثبوت الثانية بعقد جديد فهلاك المال في الثانية لا يوجب انتقاض الاولى فصار كما اذا دفع اليه مالا اخر وهذه من الحيلة فيما اذا خاف المضارب ان يسترد منه الربح بعد القسمة بسبب هلاك ما بقي في يده من راس المال وصورة هذه الحيلة ان يسلم المضارب راس المال الى رب المال ثم يقتسمان الربح ثم يرد رب المال راس المال الى المضارب ويقول له اعمل على المضاربة فيكون بذلك مضاربة مستقبلة فهلاك المال فيها بعد ذلك لا يوجب رد الربح الذي كان في الاول وهكذا اذا فعلا ذلك في كل ما اقتسما لا يجب عليهما الترداد عند الهلاك فصل اعلم ان ما يفعله المضارب ثلاثة انواع نوع يملكه بمطلق عقد المضاربة وهو ما هو معتاد بين التجار كالرهن والارتهان والايجار والاستيجار للركوب او الحمل والشرا له ولو سفينة اذا احتاج اليها وتاخير الثمن الى اجل متعارف ولو بعد البيع لانه يملك الاقالة ثم بيعه بنسيئة وهنا يملك ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برايك وهو ما يحتمل ان يلحق به فيلحق به عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة او شركة وخلط مال المضاربة بماله او بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو امر عارض لا يتوقف التجارة عليه فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير من هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برايك دال عليه ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برايك الا ان نص عليه وهو الاستدانة لان فيه شغل ذمته بالدين فلا يدل عليه اللفظ وصورته هو ان يشتري بالدين بعد ما اشترى براس المال كله نوعا من التجارة فان فعل ذلك بامر كان المشتري بينهما على ما شرطا وربحه يتبع اصله حتى يستحقانه بقدر استحقاقهما الاصل وتبطل شرطهما فيه خلاف ذلك

اذ هو شركة وجوه وليس بمضاربة لانه اذا اشترى برأس المال عروضا ثم اشترى شيئا
آخر بالدين يكون زائدا على رأس المال فلم ينفذ عليه المضاربة او اشترى باكثر
من رأس المال ابتداء كان حصة دفع الزيادة شركة لانه لو لم ينفذ عليه كان ينفذ
على المضارب فاذا اذن له نفذ عليهما واخذ السفاتج مثله لانه استدانة وكذا
اعطاؤها لانه اقراض والعتق على مال وغير مال والكتابة والهبة والصدقة
كل ذلك ليس من باب التجارة فلا يملكه الا بالنص ولو كان معه دراهم فاشترى بمكيل
او موزون او معدود نفذ على المضارب لانه استدانة ولو اشترى بدنانير كان
للمضاربة استحسانا لانهما جنس واحد من وجه **قال** ولا تفسد المضاربة بدفع
المال الى المالك بضاعة وقال زفر رحمه الله تفسد ولا يستحق المضارب من
ربحه شيئا لان رب المال يتصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه لان الوكيل
هو الذي يعمل لغيره وهذا عامل لنفسه فكيف يصلح وكيلا لغيره فيه بل يكون مستردا
لماله لانه يملك عزله واسترداد ماله في اي وقت شاء اذا لم يتعلق حقه فصار
كما اذا لم يسلمه اليه من الابتداء وكما اذا اخذه بنفسه من غير دفع المضارب اليه
وهو ناض وكما اذا دفعه اليه مضاربة والجامع ان كل واحد منهما يمنع التخلية
ومن شرطه ان يكون المال مسلما الى المضارب ولان المضاربة اجارة والاجير
اذا استعان بالموجر وفعله الموجر لا يستحق الاجر كالخياط اذا استعان بصاحب
الثوب فخاطه لا يستحق الاجر عليه فكذا هذا ولنا ان التسليم قد وجد وصار
التصرف حقا للمضارب فيصلح ان يكون رب المال وكيلا فيه كالاجنبي
ولان المضاربة فيها معنى الشركة [illegible] حتى جاز من غير توقيت وبعض ما يخرج
من العمل ولو عمل ولم يربح شيئا لم يستحق شيئا ولو كان اجارة لاستحق الاجرة
بالعمل وانما يستحقه شرعا على عمله كما يستحقه رب المال شرعا على المال فاذا
كان الاستبضاع بهذا الطريق صلح رب المال معينا للمضارب لانه عامل فكان
عمله نائبا تقديرا وكذا لا يكون اخذه اياه على وجه الفسخ مبطلا لها
كالراهن اذا استعار الرهن لا يكون فسخا للرهن بخلاف ما اذا اخذه بنفسه
من غير ان يدفع اليه المضارب لانه لا يمكن ان يجعل معينا هنا لعدم الاستعانة
فيقع العمل لنفسه ضرورة انه يملك ذلك وهو الاسترداد اذا كان المال ناضا
حتى لو كان عروضا واخذه من غير دفع المضارب لا يكون استردادا لانه لا يملك
عزله في هذه الحال وبخلاف ما اذا اسلمه اليه ابتداء او اخذه بعد التسليم
على وجه المضاربة او شرط عليه العمل ابتداء حيث يكون هذه الاشياء مبطلة
للمضاربة لانها تمنع التخلية او تكون المال والعمل مستحقا من شخص واحد فيخرج
بها من ان يكون مضاربة وبخلاف الخياط لانها اجارة محضة فلا يتصور ا

ان يقع عمل صاحب الثوب عن الاجير لاستحالة تسليم المنفعة او العمل شرط في الاجارة
ولا كذلك المضاربة لان فيها معنى الشركة على ما بينا **قال** فان سافر
فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه في مال المضاربة وان عمل في المصر فنفقته
في ماله كالدواء اي ان سافر المضارب للتجارة في مال المضاربة فنفقته في
مال المضاربة وان عمل في مصره فنفقته في ماله كما يكون الدواء في ماله مطلقا لان
النفقة تجب بسبب الاحتباس كنفقة القاضي والزوجة وهو اذا سافر
صار محبوسا به فيجب مؤنته الراتبة فيه بخلاف الدواء لانه من العوارض
وبخلاف الاجير لانه يستحق البدل بيقين فلا يتضرر بالانفاق من ماله والمضارب
لا يستحق الا الربح فيمكن ان لا يحصل فيه ربح فلو لم تستوف نفقته لتضرر بخلاف الوكيل
والمستبضع لانهما متبرعان فيه وبخلاف ما اذا كان يعمل في مصره لانه لم يحبس بمال
المضاربة فلا تجب له النفقة فيه وهذا لانه ساكن بالسكن الاصلي ووجوب
النفقة على الغير بسبب الاحتباس فلم يوجد فيكون نفقته في ماله ونحو
القياس في المضارب المسافر لانه بمنزلة الوكيل او الاجير او الشريك وكل واحد
منهم لا يستحق النفقة فيما يعمل به فكذا هذا الا انا تركناه لما ذكرنا من
المعنى ولان العادة قد جرت ان المضارب يأكل من مال المضاربة اذا عمل
في غير مصره وفي مصره يأكل من ماله والمكان القريب من مصره بمنزلة مصره والفاصل
انه اذا كان في مكان بحيث لا يمكنه ان يغدو ويروح الى منزله فهو كمصره لان اهل
السوق يتجرون في السوق ثم يبيتون في منازلهم وان لم يمكنه ان يبيت في منزله
فمؤنته في مال المضاربة لانه صار محبوسا به ومن مؤنته الواجبة فيه غسل
ثيابه واجر من يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه كالحجاز
واجرة الحمام والحلاق وقص الشارب كل ذلك من مال المضاربة لان العادة
جرت بها ولان نظافة البدن والثياب توجب كثرة من يعامله لان صاحب
الوسخ يمقته الناس ويحسبه من المفاليس فيجتنبون معاملته والنفقة
هي ذلك بالمعروف حتى اذا زاد يضمن ولو رجع الى بلده وفي يده شيء من النفقة
رده الى مال المضاربة كالحاج عن الغير اذا بقي شيء في يده يرده على المحجوج عنه
او لورثته وكالغازي اذا خرج من دار الحرب يرد الى الغنيمة ما معه من النفقة
وكالامة اذا بوأها المولى منزلا مع الزوج ثم اخرجها للخدمة وقد بقي شيء من النفقة
في يدها استرده المولى منها وعن الحسن عن ابي حنيفة ان الدواء ايضا يكون
في مال المضاربة لانه لصلاح بدنه وتمكنه من العمل فصار كالنفقة ووجه الظاهر
ان النفقة معلوم وقوعها والحاجة الى الدواء من العوارض فكان موهوما
فلا يجب كما في حق المرأة وفي النهاية الشريك اذا سافر بمال الشركة فنفقته

في ذلك المال روي ذلك عن محمد رحمه الله وذكر في الكافي بعد ما ذكر وجوب النفقة
للمضارب في المال فقال بخلاف الشريك لانه لم يجر التعارف ان الشريك العامل
ينفق على نفسه من مال الشريك الآخر **قال** فان ربح اخذ المال ما انفق
من رأس المال اي اذا ربح المضارب اخذ رب المال قدر ما كان انفق المضارب
من رأس المال حتى يتم به رأس المال فاذا استوفى رأس ماله وفضل شيء اقتسماه
لان رأس المال اصل والربح مبني عليه فلا يسلم لهما الفرع حتى يسلم لرب المال
الاصل وهذا لان الذي ذهب بالنفقة هالك والهالك يصرف الى الربح على
ما بيناه **قال** رحمه الله فان باع المتاع مرابحة حسب ما انفق على المتاع
لا على نفسه يعني اذا باع المضارب المتاع الذي انفق عليه ضم جميع ما انفق
على المتاع من اجرة الحمل والطراز واجرة السمسار والصباغ والقصار ونحو
ذلك مما ذكرناه في باب المرابحة الى رأس المال بان يقول قام علي بكذا لان هذه
الاشياء تزيد في القيمة وتعارف التجار الحاقها برأس المال في بيع المرابحة
فجاز ذلك ولا يضم ما انفقه على نفسه في سفره ونقله في المال الى رأس
المال لانهم لم يتعارفوا ضمه الى رأس المال ولا يزيد هو ايضا في قيمة
المتاع بخلاف الانفاق على المتاع لانها بالزيادة على الثمن صارت في معنى
الثمن **قال** وان قصره او حمله بماله وقيل له اعمل برأيك فهو متطوع
يعني اذا قال رب المال للمضارب اعمل برأيك فاشترى بمال المضاربة
كله متاعا ثم حمله او قصر ثيابه بمال من عنده يكون متطوعا لان رأس المال
لم يبق منه شيء فيكون تنفيذه على رب المال بعد ذلك استدانة من غير
اذنه وهو لا يجوز على ما بينا وكذا لو زاد على الثمن بان اشترى باكثر من
رأس المال يكون متطوعا في الزيادة وفي الكافي لو اشترى بكل رأس
المال وهو الف ثيابا واستقرض مائة للحمل رابح بالف ومائة عند ابي
حنيفة لانها قامت عليه كذلك وان باعها بالفين كانت عشرة من ذلك
حصة المضاربة اي عشرة اسهم على شرطهما وسهم للمضارب خاصة لانه
استقرضه لنفسه والكري في ماله خاصة وعندهما تبيع الثياب مرابحة
على الف لا غير والثمن كله على المضاربة وهو متطوع في الكرا لانه فعل
بغير اذنه فصار كاستكراء الاجنبي وقال في المحيط في تعليل قول ابي حنيفة
ان للمضارب في الثياب حقا يضاهي الملك الا ترى انه لو نهاه رب المال
عن بيع الثياب لم يصح نهيه فكان بمنزلة المالك فقامت الثياب عليه بالف
ومائة فيبيعها مرابحة على الكل فاذا باعها مرابحة فقسم ثمنها على ما لها
فما اصاب مال المضاربة وهو عشرة اسهم بقيت المضاربة فيها على حالها

وما

وما اصاب المائة المستقرضة كان له خاصة **قال** وان صبغه احمر فهو
شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن لان الصبغ عين مال قائم وقد
اختلط بمال المضاربة وهو متقوم فيكون شريكا بخلاف القصارة
والحمل لانه ليس بعين قائم فلا يكون خلطا بمال المضاربة الا ترى
انه يضمن على الغاصب دون الصبغ ثم اذا بيع المتاع قسم الثمن على قيمة
الثوب ابيض وعلى ما زاد من الصبغ فما اصاب قيمة الثوب كان على
المضاربة وما اصاب الزيادة كان له لان الثمن ما اشترك فيقسم
على قدر الانصباء وانما لا يضمن المضارب بهذا الخلط لانه مأذون فيه
لان قوله اعمل برأيك ينتظمه فلا يكون به متعديا بل يكون شريكا
كما اذا هبت الريح في ثوب انسان فالقته في صبغ غيره او اختلط المال المودع
بمال المودع بغير صنعه بخلاف ما اذا لم يقل اعمل برأيك فانه لا يكون
شريكا بل يضمن كالغاصب **قال** معه الف بالنصف فاشترى به بزا
وباعه بالفين واشترى بهما عبدا فضاعا غرم ما الفا والمالك الفا اي
غرم المضارب ورب المال الفا ثم غرم رب المال وحده الفا اخر فيغرم
المضارب خمسمائة والمالك الفا وخمسمائة وربع العبد للمضارب وباقيه
على المضاربة ورأس المال الفان وخمسمائة ويرابح على الفين لان المال
لما صار الفين ظهر الربح في المال وهو الف وكان بينهما نصفين فنصيب
المضارب منه خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار العبد مشتركا
بينهما ربعه للمضارب وثلاثة ارباعه لرب المال ثم اذا ضاع الالفان قبل
النقد كان عليهما ضمان ثمن العبد على قدر ملكيهما في العبد فربعه على المضارب
وهو خمسمائة وثلاثة ارباعه على رب المال وهو الف وخمسمائة فنصيب
المضارب خرج عن المضاربة لانه صار مضمونا عليه وما للمضاربة امانة
وبينهما تناف فنصيب رب المال على المضاربة لعدم ما ينافيها وهو معنى
قوله وباقيه على المضاربة يعني ثلاثة ارباعه للعبد ورأس المال هو جميع ما
دفع رب المال الى المضارب وهو الفان وخمسمائة لانه دفع اليه اولا الفا
ثم الفا وخمسمائة ولا يبيع العبد مرابحة الا على الفين لانه اشتراه بالالفين
وهو معنى قوله ويرابح على الفين ولو باع العبد بعد ذلك باربعة الاف
كان للمضارب ربعه وهو الف والباقي للمضاربة وهو ثلاثة الاف فالفان
وخمسمائة منها رأس المال وخمسمائة ربح بينهما نصفان **قال** وان اشترى
من المالك بالف عبدا اشتراه بنصفه رابح بنصفه اي لو اشترى المضارب
من رب المال بالف درهم عبدا كان اشتراه رب المال بنصف الالف يبيعه

المضارب مرابحة على نصف الالف وهو خمسمائة ولا يجوز ان يبيعه مرابحة على
الف لان بيعه من المضارب كبيعه من نفسه لانه وكيله فيكون بيع ماله
بماله فيكون كالمعدوم وان حكم بجوازه لتعلق حق المضارب به فلا يجوز
بيعه مرابحة عليه لانها مبنية على الامانة وعلى الاحتراز عن شبهة الخيانة
فيبنى على ما اشتراه به رب المال فيكون المضارب كالوكيل له في بيعه
ولو كان بالعكس بان اشترى المضارب عبدا بخمسمائة فباعه من رب المال
بالف يبيعه مرابحة على خمسمائة لان البيع الجاري بينهما كالمعدوم لما ذكرنا
فتبنى المرابحة على ما اشتراه به المضارب كانه اشتراه له وناوله
اياه من غير بيع **قال** ومعه الف بالنصف فاشترى به عبدا قيمته الفان
فقتل رجلا خطأ فثلاثة ارباع الفداء على المالك وربعه على المضارب
والعبد يخدم المالك ثلاثة ايام والمضارب يوما لان مال المضاربة
اذا كان عينا واحدة قيمتها اكثر من رأس المال يظهر فيه الربح وهو الف
هنا بينهما نصفان والف لرب المال برأس ماله لان قيمته الفان فصار
الفداء بينهما على هذا الوجه ارباعا فثلاثة ارباعه على رب المال والربع
على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره فاذا فدياه خرج العبد
كله عن المضاربة فاما نصيب المضارب فلانه صار مضمونا عليه على ما
بينا واما نصيب رب المال فبقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لان
قضاءه بالفداء انتقض قسمة العبد بينهما لان الخطاب بالفداء يوجب سلامة
المفدى ولا سلامة الا بالقسمة بخلاف ما مضى لان كل الثمن ثم على المضارب
لانه العاقد وان كان له الرجوع على رب المال بما ضمن فلا حاجة الى القسمة
ولان العبد بالجناية صار كالزائل عن ملكهما اذ الموجب الاصلي هو الدفع
وبالفداء صار كانهما اشترياه فاذا خرج عن المضاربة يخدمهما على قدر ملكيهما
بحكم الاشتراك بينهما وهذا معنى قوله يخدم المالك ثلاثة ايام اي رب المال
والمضارب يوما **قال** ومعه الف فاشترى به عبدا وهلك الثمن قبل
النقد دفع المالك الفا ثم وثم ورأس المال جميع ما دفع يعني اذا كان مع المضارب
الف درهم فاشترى به عبدا وضاع الثمن قبل النقد رجع على رب المال فاذا
دفع اليه ثانيا ثم هلك قبل النقد ايضا رجع عليه ايضا هكذا يرجع عليه
كلما هلك الى ما لا يتناهى ويكون رأس المال جميع ما دفع اليه رب المال
بخلاف الوكيل حيث لا يرجع عند هلاك الثمن بعد الشراء الا مرة واحدة
والفرق ان المال في يد المضارب امانة ولا يمكن حمله على الاستيفاء لان
الاستيفاء لا يكون الا بقبض مضمون والمضاربة تنافيه على ما بينا فكل ما قبض

يكون

يكون امانة واذا هلك كان الهلاك على رب المال وفي الوكيل بعد الشراء
استيفاء لانه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فاذا قبضه
صار مستوفيا لذلك فصار مضمونا عليه فاذا هلك ليس له ان يرجع به
على الموكل لان المستوفي لم يبق له حق بعد الاستيفاء ولم يوجد ما يمنع من
جعله مستوفيا لحقه مضمونا عليه لان الوكالة لا تنافي الضمان الا ترى
ان الغاصب اذا توكل ببيع المغصوب جاز وهو مضمون عليه فلا حاجة
الى جعل ما قبضه بعد الشراء امانة حتى لو لم يتم استيفاء بان دفع اليه الثمن
قبل الشراء ثم اشترى به ثم هلك قبل النقد رجع به على الموكل لوقوع الاول
امانة لانه لا يمكن جعله مستوفيا بقبضه قبل الشراء لانه لم يجب له عليه
شيء حتى يصير مستوفيا بالقبض فيكون امانة فاذا هلك رجع عليه فيكون
مضمونا عليه ثم اذا هلك لا يرجع لما ذكرنا بخلاف ما اذا لم يدفع اليه الثمن
الا بعد الشراء حيث لا يرجع اصلا والمعنى ما بيناه ولان ما قبضه الوكيل
لو لم يحمل على الاستيفاء لزم منه تضييع المال على الموكل لان المأخوذ منه ثانيا
يضيع وفي المضاربة لا يضيع لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح
ولو لم يرجع عليه لتضرر المضارب فيرجع عليه دفعا للضرر عنه ولان
الوكيل انتهت وكالته بالشراء مرة وانعزل فلا يرجع بعد الانعزال بخلاف
المضارب فانه لم ينعزل بالتصرف بل لا ينعزل بالعزل في بعض الصور فيرجع عليه
ما دام متصرفا له **قال** ومعه الفان فقال دفعت الي الفا وربحت
الفا وقال المالك دفعت الفين فالقول للمضارب ومعنى المسئلة ان يكون
مع المضارب الفان فقال لرب المال دفعت الي الفا وربحت الفا وقال
رب المال بل دفعت اليك الفين فالقول للمضارب وكان ابو حنيفة يقول
اولا القول لرب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعي الربح والشركة
فيه ورب المال ينكر فالقول قول المنكر ثم رجع فقال القول للمضارب وهو
قول ابي يوسف ومحمد لان حاصل اختلافهما في المقبوض فالقول قول القابض
في مقدار المقبوض امينا كان او ضمينا الا ترى انه لو انكر القبض بالكلية كان
القول له واذا اختلفا في رأس المال والربح بان قال رب المال رأس
المال الفان وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب رأس المال الف وشرطت
لي نصف الربح كان القول للمضارب في قدر رأس المال لانه القابض والقول
لرب المال في مقدار الربح لانه المنكر للزيادة ولو انكر استحقاق الربح
عليه بالكلية بان قال كان المال في يده بضاعة كان القول قوله فكذا
في انكاره الزيادة وايهما اقام البينة تقبل بينته لانها مبينة كاسمها

وان اقاما البينة في هذه الصورة كانت بينة رب المال اولى في مقدار
راس المال وبينة المضارب اولى في مقدار الربح لانها اكثر اثباتا **قال**
معه الف فقال هو مضاربة بالنصف وقد ربح الفا وقال المالك هو بضاعة
فالقول للمالك لان المضارب يدعي عليه تقوم عمله او الشركة في ماله
او شرطا من جهته ورب المال منكر فكان القول قوله ولو قال المضارب
اقرضتني وقال رب المال هو وديعة او بضاعة او مضاربة فالقول لرب
المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعي عليه التملك وهو منكر
ولو كان بالعكس بان ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة كان
القول للمضارب لانهما اتفقا على ان الاخذ كان باذن رب المال ثم رب المال
يدعي عليه ضمانا وهو منكر فكان القول قوله وايهما اقام البينة قبلت
بينته ولو اقاما البينة كانت بينة رب المال اولى لانها اكثر اثباتا ولو
ادعى المضارب العموم في كل تجارة وادعى رب المال الخصوص او ادعى رب
المال المضاربة في نوع وقال المضارب ما سميت لي تجارة بعينها كان القول
للمضارب لان الاصل فيها العموم فكان القول لمن يتمسك بالاصل وقال
زفر القول لرب المال لان الاذن يستفاد من جهته وكان اعرف به كالوكالة
ولنا ان اختلفا قبل العمل قلنا الاصل في الوكالة الخصوص وفي المضاربة
العموم وقبل العمل يكون انكار رب المال نهيا له عن العموم وهو يملك ذلك
فيصح نهيه ولو ادعى كل واحد منهما نوعا كان القول لرب المال لانهما اتفقا
على الخصوص وكان قول من يستفاد من جهته الاذن اولى والبينة بينة المضارب
لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الاخر الى البينة ولو وقتت البينتان
بان قال رب المال دفعت اليك مضاربة على ان تعمل في البز في رمضان وقال
المضارب دفعت الي لاعمل في الطعام في شوال او بالعكس واقاما البينة
كانت بينة من يقول في شوال اولى لان اخر الشرطين ينسخ اولهما وان لم
يوقتا وقتا او وقتا وقتا واحدا او وقتت احديهما دون الاخرى
بما قال رب المال كانهما لم توقتا وقد سبق المعنى والله تعالى اعلم

كتاب الوديعة

قال رحمه الله الايداع هو تسليط الغير على حفظ ماله والوديعة ما
يترك عند الامين هذا في الشرع وفي اللغة الوديعة مشتقة من الودع وهو
مطلق الترك قال عليه السلام لينتهين اقوام عن ودعهم الجماعات او
ليختمن على قلوبهم او ليكونن من الغافلين اي عن تركهم اياها قال الله تعالى
ما ودعك ربك وما قلى قرئ بالتخفيف والتشديد والمودع الذي

المتروك وقال عليه الصلاة والسلام الايمان نور الله تعالى اودعه في
قلوب المؤمنين فعلى العبد ان يسال التوفيق في حفظ وديعة الله تعالى
وعلى حفظ جميع الامانات فانه فرض قال النبي صلى الله عليه وسلم على اليد
ما اخذت حتى تؤديه رواه ابو داود والترمذي وقال عليه السلام
اد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك رواه ابو داود والترمذي
وقال حديث حسن وقال الله تعالى ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات
الى اهلها وحفظها يوجب سعادة الدارين والخيانة توجب الشقاء فيهما
قال عليه السلام الامانة تجر الغنا والخيانة تجر الفقر وروي ان زليخا
لما ابتليت بالفقر وابيضت عيناها من الحزن على يوسف عليه السلام
جلست على قارعة الطريق في زي الفقرا فمر بها يوسف عليه السلام فقامت
تنادي ايها الملك اسمع كلامي فوقف يوسف عليه السلام الامانة اقامت
المملوك مقام الملوك والخيانة اقامت الملوك مقام المملوك فسال
عنها فقيل انها زليخا فتزوجها رحمة عليها ثم شرط الوديعة اثبات اليد
عليها عند الاستحفاظ وركنها قول المودع اودعتك هذا المال او ما يقوم
مقامه من الاقوال والافعال والقبول من المودع بالقول والفعل او بالفعل
فقط وحكمها وجوب الحفظ على المستودع ووجوب الاداء عند الطلب
وصيرورة المال امانة في يده **قال** وهي امانة فلا تضمن بالهلاك
لقوله عليه السلام لا ضمان على مؤتمن رواه الدارقطني ولان المودع متبرع
في الحفظ وما على المحسنين من سبيل ولان يده يد المالك فيكون هلاكها
في يد المالك فلا يجب الضمان ولان للناس حاجة الى الايداع فلو ضمن
المودع لامتنع الناس عن قبول الودائع فكانوا يحرجون بذلك وهلاكها
لا يختلف بين ان يكون بشي يمكن التحرز عنه او لا او بين ان هلك للامين
مال غيرها معها او لم يهلك وقال مالك ان ادعى انها سرقت وحدها
تضمن لمكان التهمة **قال** وللمودع ان يحفظها بنفسه وبعياله لان
المطلوب منه ان يحفظها مثل ما يحفظ ما لنفسه ومال نفسه يحفظه بمن
في عياله من زوجته وولده ووالديه او غيرهم والمعتبر فيه المساكنة
لا النفقة عليه الا ترى ان المراة اذا دفعت الوديعة الى زوجها لا تضمن
ولو دفع الى اجيره الذي استاجره مشاهرة ونفقته عليه لا يضمن وعند
محمد رحمه الله ان المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وليس في عياله او دفع
الى امين من امنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله لا يضمن لانه حفظه
مثل ما يحفظ ماله وجعله مثله ولا يجب عليه اكثر من ذلك ذكره في النها

ثم قال وقلبه الفتوى وعزاه الى التمرتاشي وهو الى الحلواني ثم قال وعلى
هذا لا يشترط في التحفة في حفظ الوديعة بالعيال فقال ويلزم المودع
حفظه اذا قبل الوديعة على الوجه الذي يحفظ ماله وذكر فيه اشياء حتى
ذكر ان له ان يحفظ بشريك العنان والمفاوضة وعبده المأذون له في يده
ماله ثم قال وبهذا يعلم ان العيال ليس بشرط في حفظ الوديعة **قال**
وان حفظها بغيرهم ضمن اي بغير من في عياله لان صاحبها لم يرض بيد غيره
والايدي تختلف في الامانة ولان الشي لا يتضمن مثله كالمضارب لا يضارب
والوضع في حرز غيره من غير استيجار له ايداع حتى يضمن به لانه لو وضع في الحرز
وضع في يد من في يده الحرز فيكون كالتسليم اليه **قال** الا ان يخاف
الحرق او الغرق فيسلمها الى جاره او فلك اخرى لان التسليم الى جاره او الالقا
الى سفينة اخرى عند احاطة النار بداره وعند تحيط السفينة تعين حفظا
فلا يضمن به ولا يصدق على ذلك الا ببينة لان تسليم الوديعة الى غيره
موجب للضمان ودعوى ضرورة دعوى مسقطة له فلا يقبل الا ببينة كما اذا
اتلفها بالصرف في حاجته باذن صاحبها قالوا اذا لم يمكنه ان يدفعها الى
من هو في عياله وان امكنه ان يحفظها في ذلك الوقت بعيال له فدفعها
الى الاجنبي يضمن لانه لا ضرورة له فيه وكذا لو القاها في سفينة اخرى
وهلكت قبل ان يستوفيها باذ وقعت في البحر ابتداء او بالتدحرج يضمن لان
الاتلاف حصل بفعله **قال** فان طلبها ربها فحبسها قادرا على تسليمها
او خلطها بماله حتى لا يتميز ضمنها لانه متعد بالمنع بعد الطلب لانه قادر
على تسليمها اذ لا يرضى صاحبها بامساكها بعده فيكون معزولا فيصير يده
عليها كيد الغاصب فيضمن وكذا بالخلط صار مستهلكا متعديا اذ لا يمكنه
الوصول الى عين حقه بسبب فعله فيجب عليه الضمان فيملك المخلوط ولا
سبيل للمودع في المخلوط عند ابي حنيفة وقالا اذا خلطها بجنسها شركه
ان شاء لانه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة
فكان استهلاكا من وجه فيميل الى ايهما شاء وهذا لان القسمة فيما لا يتفاوت
آحاده افراز وتعيين حتى ملك كل واحد من الشريكين ان يأخذ حصته غيبا
من غير قضاء ولا رضا فكان امكان الوصول الى عين حقه قائما معنى
فيتخير وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى
عين حقه ولا يكون الاستهلاك اكثر من ذلك لان اعدام المحل
لا يدخل تحت قدرتهم فيضمن ضمانا ولا معتبر بالقسمة لانه موجبها الشركة
فيصل كل واحد الى حقه فلا يصلح ان يكون موجبه للشركة لان حكم العلة

لا يكون علة العلة ثم قالوا الاباحة للخالط التناول قبل اداء الضمان ولو ابرأ
المودع الخالط لا سبيل للمودع على المخلوط عند ابي حنيفة رحمه الله لان حقه
من الدين لا غير وقد سقط بابرائه وعندهما يسقط الخيار ويتعين الشركة في
المخلوط وفيه تظهر ثمرة الخلاف ولو خلط المائع بخلاف جنسه كالزيت بالشيرج
يوجب انقطاع حق المالك بالضمان لانه استهلاك صورة ومعنى لتعذر القسمة
باعتبار اختلاف الجنس وتعين المبادلة ومن هذا القبيل خلط الحنطة
بالشعير في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتعذر التمييز وقيل
لا ينقطع بالاجماع لامكان التمييز في الجملة وقيل القياس ان يكون المخلوط
ملكا للخالط عند ابي حنيفة وفي الاستحسان لا يصير ولو خلط المائع
بجنسه ينقطع حق المالك عند ابي حنيفة رضي الله عنه لما بينا وعند ابي
يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد شركه بكل
حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده وقد مر في الرضاع ولو خلطها الفضة
بالفضة بعد الاذابة صار من المائعات لانه مائع حقيقة عند الخلط فيكون
على الخلاف المذكور **قال** وان اختلطت بغير اذنه اشتركا لان الضمان
لا يجب عليه الا بالتعدي ولم يوجد اذ لم يوجد منه فعل فيشتركان ضرورة
وهذه شركة املاك وقد بينا حكمها في الشركة **قال** ولو انفق بعضها
ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الكل لان البعض صار مضمونا عليه بالانفاق لانه
متعد فيه وصار للبعض الآخر ضامنا ايضا لكونه خلط ماله بها لان الضمان
لا يرتفع الا بالتسليم الى صاحبه وقبله باق على ملكه فاذا خلطه بالوديعة
صار مستهلكا للوديعة فيضمن على ما بينا **قال** وان تعدى فيها ثم ازال
التعدي زال الضمان بخلاف المستعير والمستأجر واقراره بعد جحوده وقال
الشافعي لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة
بين الضمان والامانة فلا يبرأ الا بالرد على صاحبها ولا تعود الامانة
الا بعقد جديد فصار كالمستعير والمستأجر والجحود ولنا انه مأمور بالحفظ
وقد وجد وهذا لان الامر بالحفظ مطلق فيتناول الاوقات كلها فاذا خالف
في البعض ارتفع حكم العقد في ذلك البعض فاذا رجع الى الوفاق في غيره
اتى بالمأمور به فيه فارتفع الخلاف ضرورة فتعود الامانة كما اذا استأجره
اجيرا للحفظ في مدة فترك الحفظ في بعضها ثم عاد فانه يستحق الاجر بعده
بخلاف المستعير والمستأجر للعين اذا تعدى في العين المستعارة والمستأجرة
ثم ازال التعدي حيث لا يبرأ عن الضمان لان البراءة عن الضمان انما تكون
باعادة يد المالك حقيقة او حكما ولم يوجد ذلك لان قبضهما كان لنفسهما



لاستيفاء المنافع فاذا ترك الخلاف لم يوجد الرد الى نائبه لا حقيقة
ولا حكما بخلاف المودع فان يده كيد المالك حكما فانه عامل له في الحفظ
فاذا ترك الخلاف فقد ردها الى يد صاحبها حكما فبرئ اذ هو نائب عنه
وبخلاف الجحود لان الجحود رفع للعقد فينفسخ به العقد فلا يعود الا
بعقد جديد كالاحكام الشرعية فانه بالجحود ينقض امانته فلا يعود
الا بعقد جديد وبالمخالفة فعلا لا ينتقض حتى اذا عاد الى الوفاق صح
ولهذا جحود الوكيل الوكالة يكون فسخا وكذا جحود احد المتبايعين
البيع يكون فسخا ولانه لما جحد بحضرته عزل نفسه وهو يملك ذلك بحضرته
فتتقيد به ولانه لما طالبه المودع فقد عزله فيكون هو بعد ذلك ماسكا
غاصبا ولو عاد الى الاقرار وهذا معنى قوله في المختصر بخلاف المستعير
والمستاجر اقراره بعد جحوده وقال ابو يوسف لو جحدها عند غير صاحبها
او عنده حين سأله عن حالها من غير ان يطلب منه الوديعة او طلب منه
الرد عند من يخاف عليها منه فجحدها لا يضمن لان الجحود في هذه الصور من باب
الحفظ وهو مامور به فلا يعد انكارا ولا اخلافا وانما هو اتقان للحفظ
ولانه لا يملك عزل نفسه حال غيبته ولم يعزله صاحبها فيكون باقيا
على حاله وقال زفر يضمن لان الجحود سبب الضمان لكونه اتلافا حكما ولا
يختلف باختلاف الاحوال كالاتلاف حقيقة قلنا هذه الاحوال ليس
باتلاف وانما يكون اتلافا اذا اراد تملكها ومراده هنا حفظها بقطع
طمع الطامعين فكيف يكون اتلافا قال وله ان يسافر بها عند عدم
النهي والخوف اي للمودع ان يسافر بالوديعة اذا لم ينهه المودع ولم يخف
عليها بالاخراج وهذا على اطلاقه قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف له
الخروج بها المسافة قصيرة وان طالت لا يخرج بما له حمل ومؤنة لان
القصيرة لا يخاف فيها عادة ولهذا تسافر المراة في السفر القصير بغير محرم
ولا زوج وقال محمد لا يخرج بما له حمل ومؤنة لانه يلزمه مؤنة الرد فيما
له حمل ومؤنة والظاهر من حاله انه لا يرضى به وربما تستغرق المؤنة الوديعة
وفيه اهلاكها فلا يجوز كالوكيل بالبيع حيث لا يكون له اخراج المبيع فان
اخرج ضمن وقال الشافعي ليس له ان يخرج بها سواء كان له حمل ومؤنة او لم
يكن لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو الحفظ في الامصار عادة
وصار كالاستحفاظ باجر ولابي حنيفة رحمه الله ان الامر صدر مطلقا
فلا يتقيد بالمكان كما لا يتقيد بالزمان والمفازة محل للحفظ اذا كان
الطريق امنا والكلام فيه فصار كالمصر ولهذا يملكه الاب والوصي في مال

الصغير

الصغير مع ان ولايتهما نظرية لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي
هي احسن ولولا انه من الاحسن لما جاز ذلك لهما الا ترى ان الجودة في
الاموال الربوية تتقوم في تصرفهما حتى لا ينفذ بيعهما بمثلها وزنا لعدم النظر
والوكيل بالبيع مامور بالبيع لا بالحفظ وانما يجب عليه الحفظ بمقتضى
الامر بالبيع اذ لا يمكنه بيعه الا بعد حفظه والاستحفاظ باجر عقد معاوضة
فيقتضي التسليم في مكان العقد وما يلزم الامر من مؤنة الرد ضرورة صحة
امره فلا يعد ذلك اضرارا به والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم فيه ومن
يكون في المفازة يحفظ ما له فيها كاهل الاخبية ولو كان الطريق مخيفا ليس
له ان يسافر بها ان كان له منه بد وان لم يكن له منه بد بان سافر مع اهله
لا يضمن ولو نهاه ان يخرج بها من المصر فخرج بها ضمن ان كان له منه بد لان
الضرر بلغ في الحفظ فكان التقييد معتبرا وان لم يكن له منه بد لا يضمن
قال ولو اودعا شيئا لم يدفع المودع الى احدهما حظه اي لو اودع رجلان
شيئا عند رجل فحضر احدهما وطلب نصيبه لم يدفع اليه حتى يحضر الاخر وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وهو مروي عن علي رضي الله عنه وقالا له ذلك
والخلاف في ذوات الامثال وفي غيره ليس له ذلك بالاجماع لهما ان الحاضر
طلب نصيبه خاصة فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه
يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف وهو له ولهذا كان له ان ياخذه
اذا ظفر به فكذا يؤمر المودع بالتسليم اليه ولابي حنيفة رحمه الله ما روينا
عن علي رضي الله عنه ولان المودع لا يملك القسمة بينهما ولهذا لو دفع اليه
نصفه لا يكون قسمة لا يجوز له ان يدفع نصيب الغائب اليه لعدم اذنه
بذلك فيكون متعديا بالفعل لدفع فيضمن نصفه بخلاف الدين المشترك
لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها واحد الشريكين عند الظفر
به لا يد له على ان المودع يؤمر بالدفع الا ترى ان رجلا اذا كان له على



انسان الف درهم دين ولمديونه الف درهم وديعة عند اخر فلغريمه ان ياخذ
الوديعة اذا ظفر بها وليس للمودع ان يدفع اليه ولا يؤمر بذلك وروي
ان رجلين دخلا الحمام واودعا عند الحمامي الفا فخرج احدهما فطلبه
منه فاعطاه ثم خرج الاخر وطالبه فتحير الحمامي وذهب الى ابي حنيفة فقال
له قل لا اعطيك حتى يحضر صاحبك فانقطع قال وان اودع رجل عند
رجلين ما يقسم اقتسماه وحفظ كل نصفه ولو دفع الى الاخر ضمن بخلاف
ما لا يقسم وهذا عند ابي حنيفة وكذا الجواب في المرتهنين والوكيلين
بالشراء اذا سلم احدهما الى الاخر وقالا لاحدهما ان يحفظ باذن الاخر في

الوجهين لان المودع رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الاخر ولا يضمن
كما فيما لا يقسم ولابي حنيفة رضي الله عنه وهو القياس ان المالك رضي بحفظهما
لا بحفظ احدهما ورضاه بامانة الاثنين لا يكون رضا بامانة الواحد وهذا
لان الاصل ان فعل الاثنين اذا اضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزي يتناول
البعض لا الكل فاذا سلم الكل الى الاخر ولم يرض المالك به ضمن ولا يضمن
القابض لان مودع المودع لا يضمن عنده واما فيما لا يقسم فالمالك رضي بثبوت
يد كل واحد منهما على الانفراد في الكل لانه لما اودعهما مع علمه بانهما لا يجتمعان على
حفظه آناء الليل واطراف النهار وامكنهما المهاياة صار راضيا بحفظ كل واحد
منهما الجميع على الانفراد **قال** ولو قال لا تدفع الى عيالك واحفظ في هذا
البيت فدفعها الى من لا بد له منه او حفظه في بيت آخر من الدار لم يضمن لان المودع
قال ذلك للمودع مخالفة في ذلك لا يضمن لانه لا يمكنه الحفظ مع مراعاة شرطه
فلم يكن مفيدا فيلغو هذا اذا كانت الوديعة مما يحفظ في يد من منعه المودع من
الدفع اليه مثل ان يكون الوديعة فرسا فيمنعه من التسليم الى غلامه او يكون
عقد جوهر فيمنعه من التسليم الى امرأته او كانت بيوت الدار متساوية اما
اذا كانت الوديعة مما لا يحفظ في يد من نهاه عن الدفع اليه كما اذا كانت الوديعة
فرسا فنهاه عن الدفع الى امرأته او كانت بيوت الدار مختلفة بان كان في
بعضها عورة ظاهرة فيضمن بالمخالفة لان التقييد معتبر في مسئلة **قال**
وان كان له منه بد او حفظها في دار اخرى ضمن اي ان كان له بد من دفع
الوديعة الى من نهاه عن دفعها اليه بان نهاه ان يدفعها الى امرأته فلانة
وله امرأة اخرى او نهاه ان يسلمها الى غلامه فلان وله غلام آخر فخالفه
او قال له احفظها في هذا البيت او في هذه الدار فحفظها في دار اخرى
ضمن لان الناس يختلفون في الامانة والكياسة ومعرفة طرق الصيانة
والاحتراز عما يوجب شينا في الدين اذ ثمة الحاملة على الحفظ كما ينبغي وكذا الدور
يختلف في الحرز فكان هذا الشرط مفيدا فيعتبر اذا كان لا يحرج بالوفاء بالشرط
وذلك عند وجود من ذكرنا والا فلا **قال** ضمن مودع الغاصب لا مودع
المودع وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يضمن مودع المودع ايضا فيكون لصاحبها
الخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني فان ضمن الاول لا يرجع به على احد
وان ضمن الثاني رجع به على الاول لكونه عاملا له لان الاول جان بالتسليم
الى الثاني بغير اذن المالك والثاني متعد لقبضه بغير اذنه فنزل منزلة
الغاصب ومودع الغاصب او الغاصب وغاصب الغاصب او الغاصب والمشتري
منه غير ان الثاني مغرور من جهة الاول عامل له فيرجع عليه لما لحقه من العهدة

وله انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رايه
لان حفظه باق ما دام في مجلسه وصار كانه رضي به باعتبار حصول رايه لا صورة
يده بدليل انها لو هلكت قبل ان يفارقه لا يضمن واحد منهما بالاجماع فعلم
بذلك ان الابتداع مباح له اذا لم ينقطع راي الاول فلم يكن متعديا بمجرد الدفع
ما لم يفارقه فاذا فارقه صار مضيعا لها وقت التفريق بترك الحفظ الملتزم
بالعقد والقابض منه لم يكن متعديا بالقبض بدليل ما ذكرنا من عدم وجوب
الضمان بالهلاك قبل ان يفارقه الاول وبعد الافتراق لم يحدث فعلا آخر
بل هو مستمر على ذلك الفعل وهو امين فيه فكيف يكون متعديا ضامنا بعدم
وهو لم يفوت الحفظ الذي التزمه بعقده وهذا لانه لما صار في اوله امينا
وجب ان يبقى كذلك حتى يوجد منه فعل يبطله فصار نظير ما لو هبت الريح
في ثوب انسان فالقته في حجر غيره فانه لا يضمن بالاستمرار ما لم يوجد منه فعل
بعده فكذا هذا والجامع بينهما ان كل واحد منهما لم يكن متعديا في الابتداء فلا
ينقلب متعديا بدون احداث فعل آخر ولا يقال لو لم يكن متعديا بالدفع لما
ضمن بالفراق كما اذا دفعها الى من في عياله فلما ضمن بالفراق علم انه متعدي
فيكون القابض منه ايضا متعديا فيضمن ضرورة لانا نقول لما جاز له الدفع
وهو حاضر بالاجماع بدليل ما ذكرنا صار كان المودع قال له اذنت لك ان
تدفعه الى غيرك بشرط ان لا تفارقه فانه لا يضمن ما دام معه فكذا هذا
بخلاف مسئلة الغاصب وغاصب الغاصب واخواتها لانهم صاروا مثله بالتلقي
منه ابتداء لعدم اذن المالك فكذا بقاء ثم مودع الغاصب ان لم يعلم انه غاصب
رجع على الغاصب قولا واحدا وان علم فكذلك في الظاهر وحكى ابو اليسر
انه لا يرجع واليه اشار شمس الائمة ذكره في النهاية وقال ابن ابي ليلى لا يضمن
المودع ولا مودع المودع بالقبض بناء على ان له ان يودع غيره لانه يجب عليه
ان يحفظ الوديعة مثل ما يحفظ ماله ويحفظ ماله تارة بنفسه وتارة بغيره
قلنا لم يوجد من المودع الرضا بالدفع الى غيره ولا الدلالة على الرضا اذ لو رضي
بغيره لما اودعها عنده فكان متعديا بالفعل لدفع فيضمن **قال** معه
الف ادعى رجلان كل انه له اودعه اياه فنكل لهما فالالف لهما وعليه الف
آخر بينهما اي اذا كان في يد رجل الف فادعاها رجلان كل واحد منهما انها له
اودعها اياه يحلف لهما فان نكل لهما كان الالف بينهما وعليه الف آخر بينهما
بيان ذلك ان دعواهما صحيحة فيجب عليه اليمين لكل منهما فان حلف لهما فلا شيء
عليه لعدم الحجة وان حلف لاحدهما ونكل للآخر قضي به لمن نكل له دون الآخر
لوجود الحجة في حقه دون الآخر وان نكل لهما قضي به بينهما لعدم الاولوية

ثم يجب عليه الف اخر لهما لاقراره به او لبذله اياه على اختلاف الاصلين وبايهما بدأ القاضي بالتحليف جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية والاولى عند التشاح ان يقرع بينهما تطييبا لقلوبهما ونفيا لتهمة الميل فان نكل للاول لا يقضي به حتى يحلفه للثاني لينكشف وجه القضاء هل هو لهما او لاحدهما كما اذا اقاما البينة بخلاف ما اذا اقر لاحدهما فانه يحكم به له لان الاقرار حجة ملزمة بنفسه والنكول لا يكون حجة الا بالقضاء ولهذا لو نكل ثم حلف لا يلزمه شيء وكذا البينة لا تكون حجة الا بالقضاء فيؤخر القضاء حتى يحلف للثاني ولو نكل للثاني ايضا قضى به بينهما نصفين لاستوائهما في الحجة ويغرم الفا اخرى بينهما نصفين كما ذكرنا في المختصر لانه بالنكول اوجب لكل واحد منهما كل الالف وكان ليس معه غيره فاذا صرفه اليهما فقد صرف نصف نصيب كل واحد منهما الى الاخر فيغرمه فلو قضى القاضي للاول حين نكل قبل ان يحلف للثاني لا ينفذ قضاؤه حتى لو نكل للثاني بعده كان الالف بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني وقال الخصاف نفذ قضاؤه لانه محل مجتهد فيه لان من العلماء من قال ينفذ قضاؤه للاول ولا يشاركه الثاني فيه لان النكول حجة شرعية كالاقرار ووضع المسئلة في العبد ولا فرق بينهما وبين النقود بعينها في الودايع والغصوب ثم يحلف المدعى عليه للثاني بعد القضاء عليه للاول مقتصرا على قوله ما هذا العبد لي بالاجماع لان نكوله لا يفيد بعد ما صار العبد لغيره وهذا يحلف اذا ضم اليه القيمة بان يقال له بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا اقل منه قيل ينبغي ان يحلف عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفعها الى غيره يضمنه عند محمد خلافا لابي يوسف فانه يقول ان ما فات من حقه لم يفت بمجرد اقراره وانما فات بالدفع الى الاول وذلك بقضاء القاضي فلا يضمن ولكن محمد رحمه الله يقول هو الذي سلط القاضي على القضاء بها للاول باقراره ثم اقر للثاني بانه مودع عنده والمودع يكون ضامنا بالتسليط

باب العارية

قال هو تمليك المنافع بغير عوض هذا في الشرع وفي اللغة مشتقة من العار منسوبة اليه ودونها فعليه لان طلبها عار وفي الشرع ما ذكره في الكتاب وقال الكرخي والشافعي هي اباحة الانتفاع بملك الغير لانه ينعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك ولذا يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انها تنبئ عن التمليك لانها مأخوذة من العرية وهي العطية في الثمار بالتمليك من غير عوض ثم استعمل

في المنفعة كذلك فاقتضت تمليكا ولهذا ينعقد بلفظ التمليك وله ان يعير ما لا يختلف باختلاف المستعمل ولو كان اباحة لما جاز لان المباح له ليس ان يبيح لغيره وهذا لان تمليك المنافع مشروع بعوض كالاجارة فوجب ان يكون مشروعا بغير عوض ايضا كالاعتاق لان كل ما جاز فيه التمليك ببدل جاز فيه التمليك بغير بدل الا النكاح والجهالة لا تفضي الى المنازعة وكل جهالة لا تفضي الى المنازعة لا توجب الفساد وهذا لانها غير لازمة فله ان يرجع في كل ساعة بخلاف المعاوضات فانها لازمة والجهالة فيها تفضي الى المنازعة حتى اذا كانت لا تفضي الى المنازعة كالخياطة جازت من غير ضرب المدة والنهي منع عن تحصيل ما لم يحصل ولم يوجد بعد فيكون امتناعا عن التمليك ولهذا لا يجوز اجارته لانها لم تدخل في ملكه قبل الحدوث **قال** وتصح باعرتك اي بقوله اعرتك لانه صريح فيه **قال** واطعمتك ارضي لان الاطعام اذا اضيف الى ما لا يؤكل عينه يراد به ما يستغل منه مجازا لانه محله ومنحتك ثوبي معناه اذا لم يرد به الهبة لان المنح لتمليك العين عرفا وعند عدم ارادته يحمل على تمليك المنافع. واصله ان يعطي الرجل ناقة او شاة ليشرب لبنها ثم يردها اذا ذهب درها ثم كثر ذلك حتى قيل في كل من اعطى شيئا منح واذا اراد به الهبة افاد ملك العين والا بقي على اصل وضعه **قال** وحملتك على دابتي اذا لم يرد به الهبة لان هذا اللفظ مستعمل فيهما يقال حمل فلان فلانا على دابته يراد به الهبة لكن هذا اللفظ مستعمل تارة والعارية اخرى فاذا نوى احدهما صحت وان لم يكن له نية حمل على الادنى كيلا يلزمه الاعلى بالشك **قال** واخدمتك عبدي لانه يراد به العارية لانه اذن له في الاستخدام **قال** وداري لك سكنى وداري لك عمرى سكنى لان قوله داري لك يحتمل يحتمل ان يكون له رقبتها ويحتمل ان يكون له منفعتها وقوله سكنى محكم في ارادة المنفعة فيحمل المحتمل عليه لان قوله سكنى خرج مخرج التفسير لذلك المحتمل **قال** ويرجع المعير متى شاء لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تحدث شيئا فشيئا والملك فيها بحسب حدوثها فالرجوع امتناع عن تمليك ما لم يحدث فله ذلك **قال** ولو هلكت بلا تعد لا تضمن وقال الشافعي رحمه الله تضمن اذا هلكت في غير حالة الاستعمال لانه قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق فاشبه الغصب وقال عليه السلام على اليد ما اخذت والمراد منه من يأخذ لنفسه وقال عليه السلام العارية مضمونة وقد استعار رسول الله صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان

يوم احد فقال اغصبا يا محمد فقال لا بل عارية مضمونة قال فضاع بعضها
فعوض عليه النبي صلى الله عليه وسلم فقال انا اليوم في الاسلام ارغب
رواه احمد وابو داود ولان الاذن بالتصرف ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر
فيما وراءه والاعارة الاستعمال بخلاف المستاجر لان التصرف فيها عن استحقاق
ولانه لمنفعة صاحبه وبخلاف الوديعة لانه قبضها لمنفعة صاحبها لا
لنفسه ولهذا لا يكون عليه مؤنة الرد ولهذا اذا هلكت عنده وضمنه
المستحق فيهما يرجع على المودع وفي العارية لا يرجع وبخلاف العبد الموصى
بخدمته لانه قبضه عن استحقاق فان الوارث يلزمه تسليم العين اليه
ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ليس على المستعير غير المغل ضمان وهو مروي عن علي
وابن مسعود رضي الله عنهما ولانه قبضه باذن صاحبه لا على وجه الاستيفاء
ولا على سبيل المبادلة فلا يضمن كالاجارة والوديعة وهذا لان ضمان
العدوان لا يجب الا على المتعدي ومع الاذن بالتصرف لا يوصف بالتعدي
فانتفى الضمان ضرورة انتفاء التصرف على وجه التعدي وانتفاء المبادلة
لان وجوبه شرعا اما بعقد موجب للضمان او بشبهة بان كان فاسدا او بالتعدي
فالعقد الدال على وجوب الضمان لم يوجد ولا شبهته لانه عقد تبرع والتعدي
لا يتصور مع الاذن الا ترى انه لو اذن له بالاتلاف فاتلفه لا يضمن فهذا
اولى لانه دونه وحديث صفوان كان بغير اذنه لحاجة المسلمين ولهذا قال
اغصبا يا محمد وعند الحاجة يرخص تناول مال الغير بغير اذنه بشرط الضمان
كحالة المخمصة ولانه شرط له الضمان والعارية اذا اشترط فيها الضمان
يضمن عند مالك في رواية ويحتمل ان يكون المراد بالضمان المذكور في الحديث
ضمان رد العين فيحمل عليه ولان صفوان كان حربيا في ذلك الوقت ويجوز
من الشروط بين الحربي والمسلم ما لا يجوز بين المسلمين وقوله عليه السلام
على اليد ما اخذت يقتضي رد العين وبه نقول لان رد العين واجب في
الامانات وانما لا يرجع المستعير بضمان الاستحقاق لان الرجوع به بسبب
الغرور وهو لم يغره احد لان المعير متبرع كالواهب وما على المحسنين من
سبيل وانما وجب عليه مؤنة الرد لانه قبضه لنفسه **قال** ولا يؤجر
لان الاجارة لازمة فيلزم المعير زيادة الضرر لانه لو جازت الاجارة
من المستعير لما جاز للمعير ان يرجع عليه حتى يفرغ مدتها فيتضرر فلا يلزمه
بغير رضاه ولانه يلزم من جوازها لزوم ما لا يلزم وهو العارية او عدم
لزوم ما يلزم وهو الاجارة فلا يجوز **قال** ولا يرهن كالوديعة لان
الرهن ايفاء وليس له ان يوفي دينه بمال غيره بغير اذنه ولان فيه ضررا لا ازالة

عقد

عقد لازم بعد النقض من جهة الراهن فصار كالاجارة **قال** فان آجر
فعطب ضمن لانه متعد بالتسليم فصار غاصبا وان شاء ضمن المستاجر لانه
قبض ماله بغير اذنه فصار كالمستاجر من الغاصب فان ضمن المعير لا يرجع
على المستاجر لانه ملكه بالضمان وتبين انه آجر ملك نفسه وان ضمن المستاجر
يرجع على المؤجر وهو المستعير اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا للضرر
المغرور عن نفسه وان علم ان العين عارية في يده فليس له ان يرجع لانه
لم يغره فصار كالمستاجر من الغاصب عالما بالغصب **قال** ويعيره ما لا
يختلف بالمستعمل اي يعير المستعير العارية اذا كانت مما لا يختلف باختلاف
المستعمل وقال الشافعي ليس له ان يعير لان العارية اباحة المنافع عنده والمباح
له ليس له ان يبيح لغيره وعندنا لما كان تمليك المنافع جاز ان يعيره لان المالك
يملك ان يملك كالمستاجر يملك ان يؤجر وكالموصى له بالخدمة يملك ان يعير
وهذا اذا صدرت مطلقة وان كانت مقيدة بشيء تتقيد به وهي المسئلة
التي تلي هذه المسألة على ما يجيء مفصلة **قال** فلو قيدها بوقت او منفعة
او بهما لا يتجاوز عما سماه واذا اطلق له ان ينتفع اي نوع شاء في اي وقت
شاء لانه متصرف في ملك الغير فلا يملك الا على الوجه الذي اذن له فيه من
تقييد او اطلاق ثم لا يخلو اما ان يكون مطلقة او تكون مقيدة بالزمان
او بالانتفاع او بهما فان كانت مطلقة كما استعار دابة للركوب او ثوبا
للبس ولم يسم شيئا كان له ان يلبس ويركب بنفسه وله ان يعير ما لم يلبس
هو ولم يركب فاذا البس غيره او اركبه فليس له ان يركب بنفسه بعد ذلك في الصحيح
لانه تعين بالفعل فيكون خلافه تعديا ذكره في الكافي وقال سواء كان
المستعار شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب
في الدابة محتمل كالاجارة فعلى هذا ينبغي ان يحمل هذا الاطلاق الذي
ذكره هنا فيما يختلف باختلاف المستعمل كاللبس والركوب والزراعة
على ما اذا قال على ان اركب عليها من شئت او البس الثوب من شئت كما حمل الاطلاق
الذي ذكره في الاجارة على هذا وان كانت الاعارة مقيدة بالانتفاع دون
الوقت بان شرط ان ينتفع هو بنفسه او غيره معينا لا يجوز له ان يخالف
ذلك التقييد فيما يختلف باختلاف المستعمل كالركوب واللباس وله ان
يفعل في اي وقت شاء وان كان لا يختلف كالسكنى والحمل جاز ان يفعل
بنفسه وبغيره في اي وقت شاء لان التقييد بالانتفاع فيما لا يختلف لا يفيد
وان كانت مقيدة بالوقت تتقيد به حتى لا يجوز له ان ينتفع بها الا في الوقت
المعين ومن حيث الانتفاع فهي باقية على اطلاقها فيجوز له مطلقا فيما

يختلف بالمستعمل وفيما لا يختلف قبل الصفقة المتقدمة في المطلق عن الانتفاع
والوقت وان كانت مقيدة بهما تقيدت من حيث الوقت كيف ما كان وكذا
من حيث الانتفاع فيما يختلف باختلاف المستعمل وفيما لا يختلف لا يتقيد
لعدم الفائدة على ما بينا في التقييد بالانتفاع ثم كل موضع قلنا يتقيد
بالمسمى له ان يخالف الى ما هو خير منه او الى مثله كما اذا قال له احمل على
الدابة هذه الحنطة كان له ان يحمل عليها مثله او دونه في الضرر واختلفوا
في ايداع المستعير قال بعض المشايخ ليس له ان يودع مطلقا منهم الكرخي
واستدلوا عليه بمسئلة ذكرها في الجامع ان المستعير اذا بعث العارية
الى صاحبها على يد اجنبي فهلكت في يد الرسول ضمن المستعير العارية وليس ذلك
الا لان الايداع منه قال الاتباع فلان هذا القول اصح لان الايداع تصرف في ملك
الغير وهو العين بغير اذنه قصدا فلا يجوز بخلاف الاعارة لانه تصرف في
المنفعة وتسليم العين من ضروراته فافترقا واكثرهم على انه يجوز منهم مشايخ
العراق وابو الليث والشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل والصدر الكبير برهان
الائمة لان الايداع دون الاعارة والعين وديعة عند المستعير في العارية
فاذا ملك الاعلى فالاولى ان يملك الادنى قال ظهير الدين المرغيناني وعليه
الفتوى **قال** وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض
لان الاعارة اذن في الانتفاع به ولا يتأتى الانتفاع بهذه الاشياء الا باستهلاك
عينها ولا يملك الاستهلاك الا اذا ملكها فاقتضت تمليك عينها ضرورة
وذلك بالهبة او بالقرض والقرض ادناهما ضررا لكونه يوجب رد المثل
ولان العارية توجب رد العين والقرض يوجب رد المثل وهو يقوم مقام
العين ولهذا اعتبر مثله في ضمان العدوان فافترقا هذا اذا لم يبين جهة
الانتفاع بها فان بين جهة ينتفع بها مع بقاء عينها بان يستعيرها ليعاير
بها ميزانا او مكيالا او ليزين بها دكانه او غير ذلك من الانتفاعات صارت
عارية امانة ليس له ان ينتفع باهلاكها فكان نظير عارية الحلي والسيف
المحلى **قال** وان اعار ارضا للبناء او للغرس صح لان منفعتها معلومة
ويجوز الانتفاع بها شرعا واجارتها فكذا اعارتها بل اولى لكونها تبرعا
قال وله ان يرجع لان العارية غير لازمة فكان له ان يرجع في اي
وقت شاء **قال** ويكلفه قلعهما اي قلع البناء والغرس لانه شاغل ارضه
بملكه فيؤمر بالتفريغ الا اذا شاء ان يأخذهما بقيمتهما فيما اذا كانت الارض
يستضر بالقلع فحينئذ يضمن له قيمتهما مقلوعين ويكونان له كيلا يتلف
عليه ارضه ويستبد هو بذلك لانه صاحب اصل بخلاف ما اذا كانت الارض

لا انه يتضرر بالقلع حيث لا يجوز الترك الا باقيا قيمتها بخلاف القالع حيث لا
يشترط فيه اتفاقهما في هذه الحالة ايضا طلبا للقلع اجيب **قال**
ولا يضمن ان لم يوقت اي رب الارض لا يضمن للمستعير ما نقص من البناء والغرس
بالقلع اذا لم يوقت العارية وقتا وقال مالك يلزمه ضمان قيمتهما ويتركان
في ارضه لانه مغرور من جهته فيلزمه الضمان كما اذا وقت العارية
وقتا فرجع قبل الوقت قلنا العارية غير لازمة فيكون له الرجوع في كل
وقت فلم يكن غارا له بالاطلاق وانما هو اغتر بنفسه بخلاف ما اذا كانت
موقتة فرجع قبل الوقت لانه يصير غارا له بذلك حيث نص على تركها في يده
الى الوقت المذكور وهذا لان ظاهر حال المسلم ان يفي بالوعد فيكون مغرورا
من جهته وكان له ان يرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه بسببه **قال** وان
وقت فرجع قبله ضمن ما نقص بالقلع وقال زفر رحمه الله لا يضمن لان الوقت
في العارية غير ملزم كاصل عقدها ولهذا كان له ان يستردها في اي وقت شاء
والغرور انما يثبت في ضمن عقد المعاوضة لا في التبرعات ولهذا لو هلكت
العارية عند المستعير فاستحقها مستحق وضمنه قيمتها لا يكون له الرجوع بما
ضمن وفي المعاوضات كالبيع والاجارات له ذلك فصار كما اذا كانت العارية
مطلقة ونحن قد فرقنا بينهما لان كلام العاقل يحمل على الفائدة ما امكن
وجواز العقد ثبت بدون التوقيت فلا بد للتوقيت من فائدة
وما يكون ذلك الا بالتزامه القيمة له عند الرجوع قبل الوقت فصار
كانه قال ان رجعت قبل الوقت فانا ضامن لك فيلزمه بحكم الالتزام لا بمجرد
العقد ومعنى قوله ضمن ما نقص ان يقوم قائما غير مقلوع لان القلع غير
مستحق عليه قبل الوقت **قال** ولو استعارها ليزرعها لم يؤخذ منه
حتى يحصد الزرع وقت او لم يوقت لان له نهاية معلومة
ويترك باجر المثل لان فيه مراعاة الحقين كما في الاجارة اذا انقضت المدة
والزرع لم يدرك **قال** ومؤنة الرد على المستعير في المودع والموجر والغاصب
والمرتهن لان المنفعة حصلت له والاصل ان مؤنة الرد تجب على من وقع
القبض له اما المستعير فلانه قبضه لمنفعة نفسه والرد واجب عليه
ولهذا لو كانت العارية موقتة فامسكها بعد مضي الوقت ولم يردها حتى
هلكت ضمن بخلاف المستاجر فاذا وجب عليه الرد كانت مؤنته عليه لان
الخراج بالضمان والغرم بالغنم واما المستاجر فلان العين المستاجرة مشغولة
لمنفعة المالك لان الاجر سلم له به ولا يجب على المستاجر ردها وانما
يجب عليه التمكين والتخلية فلا يكون عليه مؤنة الرد ولا ايصال قبضه

كان لمنفعة نفسه فوجب ان تكون المؤنة عليه لانا نقول انما حصل
له منفعة وهي عرض يفنى وما حصل للموجر عين يبقى فكان هو بالوجوب
اولى واما الوديعة فلان منفعة القبض حاصلة لانه يحفظ العين ومنفعة
حفظها عائدة للمودع اليه فكانت مؤنة ردها عليه واما العين المغصوبة
فلان الغاصب يجب عليه فسخ فعله وذلك بردها واعادتها الى يد مالكها
كما كانت لانه هو الذي ازال يده متعديا ففي ردها براءة ذمته فيكون عليه
مؤنة ردها دفعا للضرر عن المالك واما الرهن فلان قبضه قبض استيفا
فكان قابضا لنفسه **قال** وان رد المستعير الدابة الى اصطبل مالكها
او العبد الى دار المالك برئ بخلاف المغصوب والوديعة وهذا استحسان
والقياس ان لا يبرا لانه لم يردها الى صاحبها وانما ضيعها تضييعا فصار
كالمغصوب والوديعة وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف وهو المعول
عليه وهذا لان الاصطبل او الدار في يد المالك ولو ردها الى المالك كان
يردها الى الاصطبل او الدار فكان الرد اليهما ردا في يد المالك وله
ردهما الى غير المالك بخلاف الوديعة لانها للحفظ ولم يرض بحفظ غيره اذ لو
رضي به لما اودعها عنده وبخلاف الغاصب لانه صار متعديا باثبات يده
في العين وبازالة يد صاحبها فلابد من ازالة يده واثبات يد صاحبها
فيها وذلك بالتسليم حقيقة وقيل هذا في عاداتهم وفي زماننا لا يبرا
الا بالتسليم الى يد صاحبها وعن ابي مسلمة انه ان كان المربط خارج الدار
لا يبرا لان الظاهر ان الدابة تكون هناك بلا حافظ **قال** وان
رد المستعير الدابة مع عبده او اجيره مشاهرة او مع عبد رب الدابة
او اجيره برئ بخلاف الاجنبي والقياس ان لا يبرا الا بالتسليم والاتصال
الى يد صاحبها ووجهه ما بيناه ووجه الاستحسان ان كل واحد من الصاحب
والمستعير يحفظ دوابه بسايسه والدفع اليه كالدفع الى صاحبها عادة
ونحو لو دفعها الى المالك لدفعها هو الى السايس وحفظه بسايسه كحفظه
بنفسه كما مر في الوديعة فيكتفي بالتسليم منه الى السايس ومن السايس الى
السايس ومن السايس الى المالك بخلاف الوديعة حيث يضمن بالدفع الى سايس
المالك لعدم العرف بالتسليم الى السايس ولانه انما اودعه لكونه لم يرض
بغيره ولو رضي به لما اودعها عنده بخلاف غلام نفسه حيث يكون له
ان يدفع الوديعة اليه على ما بينا غير مرة انه لا بد له منه وهذا في الدواب
التي تكون في يد الغلمان عادة واما اذا لم يكن في ايديهم عادة كعقد لؤلؤ
ونحو ذلك فردها المستعير الى يد غلام صاحبها او وضعها في داره او اصطبله

ضمن

يضمن لان العادة لم تجر به في مثله ولهذا لو دفعه المودع الى غلامه يضمن
ثم قيل هذا اذا ردها الى يد عبد الذي يقوم على الدواب والاصح
انه له والى غيره لانه ان لم يكن في يده دائما يدفع اليه في بعض الاوقات
فيكون رضى المالك موجودا دلالة وقوله بخلاف الاجنبي يعني بخلاف ما
اذا ردها مع الاجنبي فانه يضمن لانه متعدي في يد الاجنبي وهذا يشهد لمن قال
من المشايخ ان المستعير ليس له ان يودع وعلى المختار ان هذه المسئلة
محمولة على ما اذا كانت العارية موقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الاجنبي
لانه بامساكها بعد مضي المدة يصير متعديا حتى اذا هلكت في يده ضمن فكذا
اذا تركها في يد الاجنبي وهذا لان الوديعة ادنى حالا من العارية فاذا كان
يملك العارية فبما لا يختلف فاولى ان يملك الايداع على ما بينا من قبل ولا
يختص بشيء دون شيء لان الكل لا يختلف في حق الايداع وانما يختلف في حق
الانتفاع **قال** ويكتب المعار انك اطعمتني ارضك اي اذا استعار
ارضا بيضاء للزراعة يكتب المستعير انك اطعمتني ارضك وهذا عند ابي
حنيفة وقالا يكتب انك اعرتني ارضك لان الاعارة هي الموضوعة
لهذا العقد والكتابة باللفظ الموضوع له اولى كما في اعارة الثوب
والدار فانه يكتب فيه اعرتني ولا يكتب البستني ولا اسكنتني وله ان
لفظ الاطعام ادل على المقصود لانه يخص الزراعة لان الاطعام اذا اضيف
الى ما لا يوكل يعرف منه ان المراد منه الاستغلال بالتمكين من الزراعة بخلاف
لفظ الاعارة فانها تنتظم الزراعة والبناء والمراح ونصب الخيم بخلاف الدار
والثوب لان منفعتهما غير متنوعة فحصل المقصود بذكر العارية فلا حاجة
الى بيان المنفعة وعلى هذا ينبغي ان يكتب في كل فصل ما هو ادل على المقصود
حتى يكتب في استعارة الارض انك اطعمتني ارض كذا لازرعها ما شاء غلة
الشتاء او الصيف لانه ادل على المقصود وابعد من الاختلاف والله اعلم

كتاب الهبة

قال رحمه الله هي تمليك العين بلا عوض هذا في الاصطلاح وفي اللغة
هي التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقا قال الله تعالى فهب
لي من لدنك وليا وقال تعالى يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور
الاية وهي من صفات الكمال فان الله تعالى وصف بها نفسه بقوله عز وجل
انك انت العزيز الوهاب والبشر اذا باشرها فقد اكتسب من اشرف
الصفات لما فيها من استعمال الكرم وازالة شح النفس وادخال السرور في قلب
الموهوب له وايراث المودة والمحبة بينهما وازالة الضغينة والحسد ولهذا

من باشرها كان من المفلحين قال الله تعالى ومن يوق شح نفسه فأولئك هم
المفلحون وهي مشروعة مندوب إليها بالإجماع وشرطها أن يكون الواهب عاقلا
بالغا حرا والموهوب له مميزا والموهوب مقبوضا وركنها الإيجاب والقبول
وحكمها ثبوت الملك للموهوب له من غير أن يكون لازما **قال** وتصح بالإيجاب
كقوله وهبت ونحلت وأطعمتك هذا الطعام وجعلته لك وأعمرتك هذا
الشيء وحملتك على هذه الدابة ناويا الهبة وكسوتك هذا الثوب وداري
لك هبة تسكنها لا هبة سكنى أو سكنى هبة وقبول وقبض بلا إذن في المجلس
وبعده به في محوز ومشاع لا يقسم أي تصح الهبة بالإيجاب كقوله وهبت إلى
آخره وبقبول وقبض في المجلس وفيما بعد المجلس يملكه بالإذن صح كلها غير
كل ذلك في محوز ومشاع فيما لا يقسم أما الإيجاب والقبول فلأنه عقد فينعقد
بهما كسائر العقود وأما القبض فلا بد منه لثبوت الملك وقال مالك رحمه
الله يثبت الملك فيه قبل القبض كالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا
قوله عليه السلام لا تجوز الهبة إلا مقبوضة والمراد نفي الملك وقال
أبو بكر الصديق رضي الله عنه لعائشة في مرضه كنت نحلتك جذاذ عشرين
وسقا من مالي بالعالية وإنك لم تكوني قبضتيه ولا حزتيه وإنما هو مال
الورثة فلو كانت تملك قبل القبض لكان لمصادفة ولأن فيه إلزام المتبرع
ما لم يتبرع به فلا يجوز بخلاف الوصية لأن المتبرع قد مات والورثة
ليسوا المتبرعين ولو قال وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير
قبول صح وملكه لوجود القبض وقوله وقبض في المجلس بلا إذنه أي بلا إذن
الواهب وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز إلا بإذنه لأنه تصرف في ملك
الغير فلا يجوز إلا بإذنه وجه الاستحسان أن القبض كالقبول في الهبة
ولهذا لا يملك إلا به ويغني عن القبول كما بينا والمقصود من الإيجاب
إثبات الملك فيكون تسليطا له على القبض لأنه إذ ملكه لا يتصور
إلا به فيتقيد ذلك بالمجلس كالقبول لأنه بمنزلته على ما بينا بخلاف
ما إذا نهاه عن القبض في المجلس لأن الصريح يفوق الدلالة فلا تعمل بمقابلته
شيئا ولهذا صح الإذن بعد المجلس لكونه صريحا وإنما انعقدت بقوله
وهبت لأنه صريح في الهبة وبقوله نحلت لأنه مستعمل فيها قال عليه السلام
أكل أولادك نحلت مثل هذا وكذا قال أبو بكر لعائشة رضي الله عنهما
كنت نحلتك على ما بينا وبقوله أطعمتك هذا الطعام لأن الإطعام إذا
أضيف إلى ما يؤكل عينه يراد به التمليك بغير عوض وهو الهبة بخلاف ما إذا
قال أطعمتك هذه الأرض لأن عينها لا تؤكل فيكون المراد به ما يستغل منها

فأمكن

فأمكن ذلك بالعارية وبقوله جعلته لك لأن اللام للتمليك فصار كأنه
قال ملكتك هذا الثوب ألا ترى أن ذلك لو كان بعوض كان تمليكا فكذا
بغير عوض وبقوله أعمرتك لقوله عليه السلام من أعمر عمرى فهي للمعمر له
ولورثته من بعده ولأن معنى العمرى هو التمليك للحال واشتراط الاسترداد
بعد موت المعمر له فصح التمليك وبطل الشرط لأن الهبة لا تبطل بالشروط
الفاسدة وبقوله حملتك على هذه الدابة ناويا به الهبة لأن الإركاب
تصرف في المنفعة فيكون عارية إلا إذا أراد به الهبة فتصح لأنه يستعمل
فيه يقال حمل الأمير فلانا على الدابة يعنون به التمليك فتصح بنيته لا سيما
إذا كان مستدبرا عليه وبقوله كسوتك هذا الثوب لأن الكسوة يراد به
التمليك قال الله تعالى أو كسوتهم المراد به التمليك لأن الكفارة لا تتأدى
بالمنافع وكذا يقال كسى فلان فلانا إذا ملكه لا إذا أعاره وبقوله
داري لك هبة تسكنها لأن اللام فيه للتمليك ظاهرا وقوله تسكنها
مشورة وتنبيه على المقصود فصار نظير قوله هذا الطعام لك تأكله
أو هذا الثوب لك تلبسه بخلاف ما إذا قال داري لك هبة سكنى أو سكنى
هبة حيث يكون عارية على ما بيناه في العارية وهو المراد بقوله لا هبة
سكنى أي لا يكون تمليكا بقوله داري لك هبة سكنى وقوله في محوز مقسوم
ومشاع لا يقسم لا فيما يقسم أي تجوز الهبة في محوز مقسوم وفي مشاع لا يقسم
ولا تجوز في مشاع يقسم احترز بقوله محوز عن المتصل كالثمرة على الشجر
وبقوله مقسوم عن المشاع وقال الشافعي رحمه الله تجوز هبة المشاع فيما
يقسم وفيما لا يقسم لأنها عقد تمليك والمحل قابل له فأشبهت البيع وكونه
متبرعا لا ينافي الملك في الشيوع كالقرض والوصية وتسليمه ممكن بالتخلية
أو بتسليم الكل إليه كالمشاع الذي لا يحتمل القسمة ولنا أن الخلفاء
الراشدين وغيرهم من الصحابة رضي الله عنهم شرطوا القسمة لصحة الهبة
ولأن القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط وجوده على الكمال كما في
استقبال القبلة لما كان منصوصا عليه يشترط وجوده على الكمال حتى لو
استقبل الحطيم لا تجوز صلاته مع أنه من البيت بالسنة ولأن القبض ثبت
مطلقا والمطلق ينصرف إلى الكامل والكامل هو الموجود من كل وجه والقبض
في المشاع موجود من وجه دون وجه لأن القبض عبارة عن كون الشيء في حيز
القابض والمشاع ليس في حيزه من كل وجه لأنه في حيزه من وجه وفي حيز
شريكه من وجه وتمامها أي الهبة لا يحصل إلا بالقسمة لأن الأنصباء لا تتميز
وتجتمع فما لم تجتمع لا يصير محوزا أو يكون أجزاء ناقصا فلا ينهض لإفادة

الملك ولأن اشتراط امثال القبض في الهبة كان للتحرز عن وجوب الضمان على
المتبرع لاحتمال هلاكه قبل القبض وكيلا يلزمه المطالبة بالتسليم وهذا
المعنى هنا لانه لو صح لوجب عليه اجرة القسمة والمطالبة بالقسمة فيتضمن
عقد الجميع التبرع موجبا لضمان القسمة على المتبرع والمطالبة بالقسمة
وهو خلاف موضوع التبرع قال الله تعالى ما على المحسنين من سبيل بخلاف
ما لا يقسم لانه لا يجب اجرة القسمة فيه ولا يتصور فيه الا بالقبض الناقص
فاكتفي به ولانا لو اعتبرنا كمال القبض فيه لانسد باب الهبة فيه وفيما يقسم
لا ينسد ولا يقال يستوجب المهاياة فيما لا يقسم وهو ايجاب على المتبرع فوجب
ان يمتنع لانا نقول المهاياة قسمة المنافع والتبرع وقع في العين فيكون
ايجابا في غير ما تبرع به فلا يبالي وانما المحظور الايجاب في عين ما تبرع به
والقبض في الوصية ليس بشرط لصحتها وكذا في البيع الصحيح وفي البيع
الفاسد والسلم والصرف غير منصوص عليه وقوله عليه السلام يدا بيد والمراد
به التعيين غير ان التعيين في النقدين يكون بالقبض ولان القبض فيه
شرط البقاء على الصحة لا شرط الصحة والبقاء اسهل من الابتداء ولان هذه
عقود معاوضة فلا يبالي بوجوب ضمان القسمة او المطالبة والقرض تبرع
ابتداء حتى لا يملكه الا من يملك التبرع معاوضة انتهاء لانه يوجب رد المثل
فلكونه تبرعا من وجه شرطنا القبض فيه ولكونه معاوضة من وجه لم يشترط
القسمة عملا بالدليلين او الشبهين ولان القبض فيه غير منصوص عليه
فلا يراعى فيه الكمال ولو وهب جزءا شائعا من شريكه لم يجز ايضا لان القبض
الكامل لا يتصور فيه وهو علة لثبوت الملك فيه والحكم يدور على علته لانه
يوجد ولان العلة تراعى وجودها لا غير فيدور الحكم وهو الفساد على نفس
الشيوع **قال** فان قسمه وسلمه صح اي لو وهب مشاعا ثم قسمه وسلمه
جاز لان تمام الهبة بالقبض وعنده لا شيوع فيه ولو سلمه شائعا لا يملكه
حتى لا ينفذ تصرفه فيه ويكون مضمونا عليه وينفذ فيه تصرف الواهب
ذكره الطحاوي وقاضي خان وروي عن ابن رستم مثله وذكر عصام انها تفيد
الملك وبه اخذ بعض المشايخ **قال** وان وهب دقيقا في بر لا وان طحن
وسلم اي لو وهب الدقيق في الحنطة لا يجوز الهبة ولو طحنه وسلم الدقيق
لا يعود صحيحة وكذا الدهن في السمسم والسمن في اللبن لان الموهوب معدوم
ولهذا لو استخرجه الغاصب ملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فلا يمكن تمليكه
بالعقد فوقع باطلا فلا يملك الا بعقد جديد وهذا لان الحنطة استحالت
وصارت دقيقا وكذا غيرها وبعد الاستحالة هو عين اخر على ما عرف في الغصب

بخلاف

بخلاف المشاع لانه محل للتمليك الا انه لا يمكن تسليمه فاذا زال المانع جاز
وانما جازت الوصية بها لان الوصية بالمعدوم جائزة واللبن في الضرع
والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض والتمر في النخل بمنزلة
المشاع لانها موجودة وامتناع الجواز للاتصال وذلك يعود الى امتناع
القبض كالشائع فاذا فصلها وسلم جاز لزوال المانع كما في هبة الدين
بخلاف ما لو وهب الحمل وسلمه بعد الولادة حيث لا يجوز لان في وجوده احتمالا
فصار كالمعدوم والدار التي فيها المتاع والجوالق الذي فيه الدقيق
كالمشاع لان الموهوب مشغول بمتاع الواهب حتى لو نزع وسلم صح ويعتبر
الاذن بالقبض بعد النزع ولا يعتد بالاذن قبله كما لا يعتد بالتسليم قبله
ولو وهب المتاع الذي في الدار وسلمها معه او الدقيق في الجوالق وسلم الدقيق
مع الجوالق جاز لان الموهوب ليس بمشغول وانما هو شاغل لملك الواهب وذلك
لا يوجب يد الواهب على الموهوب غاية ما فيه ان يد الواهب قائمة في الظرف
وهو آلة للحفظ فيكون تبعا فثبوت اليد في التبع لا يوجب ثبوتها في الاصل
ونظيره ما لو وهب الجارية وعليها حلي دون الحلي وبالعكس لا يصح الا اذا فرغه
وسلمه لانه مشغول لان الجارية هي المستعملة له فكان تبعا كالجوالق **قال**
وملك بلا قبض جديد لو في يد الموهوب له يعني لو كانت العين الموهوبة في يد
الموهوب له ملكها الموهوب له بمجرد العقد وان لم يجدد فيها قبضا لان القبض
ثابت فيها وهو الشرط سواء كانت في يده امانة او مضمونة لان قبض الامانة
ينوب عن مثله لا عن المضمون والمضمون ينوب عنهما والاصل فيه انه متى
تجانس القبضان ناب احدهما عن الآخر لاتحادهما جنسا واذا اختلفا
ناب الاقوى عن الاضعف دون العكس لان في الاقوى مثل الادنى وزيادة
وليس في الادنى ما في الاقوى فلا ينوب عنه وهذا اذا كان الموهوب في
يده مضمونا كالمغصوب والموهوب والمقبوض على سوم الشراء لا اشكال فيه
لان المقبوض في يده حقيقة وحكما فيبرأ عن الضمان بمجرد قبول الهبة وكذا اذا
كان في يده عارية او اجارة لان قبضها لنفسه ويده ثابتة فيه واما اذا كانت
في يده بطريق الوديعة فمشكل لان يده يد المالك لانه نائب عنه في الحفظ
وقبضه لاجل المالك فكيف ينوب هذا القبض عن قبض الهبة بل ينبغي
ان يكون هنا كما لو وهبه وهو في يد الواهب لكن للمودع يد حقيقة فباعتبارها
نزل قابضا لانا اقمنا يده مقام يد المالك حكما ما دام عاملا له وبعد الهبة
ليس بعامل له فتعتبر الحقيقة **قال** وهبة الاب لطفله تتم بالعقد لانه
في قبض الاب فينوب عن قبض الصغير لانه وليه فيشترط قبضه ولا فرق ب

ذلك بين ما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يد المودع كيد المالك بخلاف
ما اذا كان في يد الغاصب او في يد المرتهن او في يد المستاجر حيث لا يجوز الهبة
لعدم قبضه لان كل واحد منهم قابض لنفسه وعامل لنفسه ولو وهب من ابنه
الصغير اذ الاب شانها وشاعه فيتا جازت الهبة وملكها الابن
بمجرد قوله وهبتها له لانها في يده وشكناه ومتاعه فيها في يده بل بحوزها
فتكون هي في قبضه وهو الشرط ولو كان يسكنها غيره باجر لا يجوز لما ذكرنا
وان كان بغير اجر جازت الهبة وملكها الابن بمجرد العقد ذكره محمد في المنتقى
وكذا لو وهبته امه وهو في يدها والاب ميت ولا وصي له وكذا كل من يعوله
لان التصرف نفع محض ولمن في يده الصغير ولاية ذلك حتى كان له تاديبه وتسليمه
في صناعة فيملك التصرف النافع لينفرد بتمليكه ويملكه الصغير بمجرد الهبة
اذا كان في يد الواهب كالاب والصدقة في هذا كله كالهبة قال
واذا وهب له اجنبي يتم بقبض وليه لان للولي ولاية التصرف في ماله وقبض
الهبة من التصرف في المال ولا يشترط ان يكون الصبي في حجره لثبوت ولايته
عليه مطلقا لان المراد بالولي هو الاب ووصيه والجد ووصيه بخلاف غيرهم
من الاقارب والاجانب حيث لا يكون لهم ولاية القبض الا اذا كان في حجره وليس
اب على ما نبين قال وان وهب له اجنبي وهو في حجر امه يتم بقبض امه ويقبض
اجنبي اذا كان في حجرهما لما ذكرنا ان لمن هو في يده ولاية التصرف النافع له
وتحصيل المال الفرار من النافع وكان الحوز لذلك لثبوت يدهم عليه حتى لا يكون
لغيرهم ان ينزعه من ايديهم فكانوا احق بحفظه وتحصيل المال له من ضرورات
حفظه لانه لا يبقى عادة الا بقوت وملبوس فقاموا في هذا مقام الولي
عند عدم الولي لكونه نفعا محضا قال وان قبضه ان عقل اي يتم بقبض
الصبي بنفسه اذا كان مميزا يعقل التحصيل لانه في التصرف النافع الذي لا
يحتمل غير الحق بالبالغ العاقل استحسانا والقياس لا يجوز لانه لا معتبر
بفعله قبل البلوغ ولهذا لا يجوز قبض غيره له حتى للاجنبي اذا كان في عياله
ولو اعتبر فعله وجعل له ولاية التصرف لما نفذ عليه تصرف غيره ولا كان
له حاجة اليه وجه الاستحسان انه انما لا يعتبر عقله لدفع الضرر عنه لان
الظاهر انه لا يتم به نظره في عواقب اموره لعدم اعتدال عقله فاذا كان التصرف
نافعا محضا تعين النظر في نفوذه فينفذ نظرا له لان الرد في الضار
لا حاجة والتوقف في المتردد بين النفع والضر لا حاجة حتى يحضر الولي اذ لا
مصلحة فكذا وجب ان ينفذ تصرفه النافع نظرا له وجاز تصرف الولي
او الاجنبي عليه في هذه الحالة نظرا له ايضا حتى ينفتح له سبب تحصيل

النفع بطريقين وليس من الحكمة ان يترتب عليه الولاية لغيره نظرا له ثم يرد
منه مثل هذا النفع المحض ولان الفقه مع انه من اهله بالتمييز والاختيار
قال ويجوز قبض زوج الصغيرة ما وهب لها بعد الزفاف لان الاب
اقامه مقام نفسه في حفظها وقبض الهبة منه ولو قبضه الاب ايضا صح
لان الولاية له وانما ملكه الزوج من جهته بتمليكه ولهذا املكه والاب
حاضر بخلاف الام والاجنبي حيث لا يملكانه الا بعد موت الاب او غيبته
غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرفهم كانت للضرورة لا بتفويض الاب فلا
ضرورة مع حضوره وتملكه ايضا ان كانت مميزة لما بينا واشتراط الزفاف
لثبوت ولاية الزوج لانه انما يملكه باعتبار انه يعولها وذلك بعد الزفاف
ولا يشترط ان يكون ممن يجامع مثلها في الصحيح قال ولو وهب اثنان
دارا لواحد صح لانهما سلماها له جملة وهو قبضها منهما كذلك فلا شيوع اهـ
قال لا عكسه اي لا يجوز عكسه وهو ان يهب واحد من اثنين وهذا
عند ابي حنيفة وقالا يجوز ذلك لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد
فلا يتحقق فيه الشيوع فصار كما اذا رهن من رجلين بل اولى لان تاثير
الشيوع في الرهن اقوى منه في الهبة حتى امتنع رهن المشاع فيما لا يقسم ايضا
بخلاف الهبة ولان الشيوع لم يوجد الا من جهة الطرفين فلا يفسد اذ ليس
فيه الزام المتبرع مؤنة القسمة فصارت كالمسئلة الاولى وله انه وهبه
النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما جاز ولولا
انه تمليك لكل واحد منهما على حدة لما جاز فينصرف قبض كل واحد منهما الى
نصيبه فقط وهو شائع فيكون القبض ناقصا على ما ذكرنا في هبة نصيبه
لشريكه او غيره وما اذا قبض الشائع لا يتصور فلا يجوز ولا يعتبر جانب التسليم
لان القبض الناقص هو المانع على ما بينا دون التسليم بخلاف الرهن لان
حكمه الحبس الدائم وقد ثبت لكل واحد منهما كملا فلا شيوع فيه الا ترى انه
لو قضى دين احدهما بقي كله في يد الاخر ولا كذلك الهبة لانه لم يحصل له
الملك الا في النصف وكان شائعا ضرورة وقولهما ليس فيه الزام المتبرع
مؤنة القسمة قلنا نقصان القبض ايضا مانع فلا يكون العلة منحصرة
به فلا يدل عدمها على عدم الحكم على ما عرف في موضعه الا ترى ان رجلين
لو وهبا لرجلين على ان نصيب احدهما لاحدهما بعينه ونصيب الاخر للاخر
لا يجوز بالاجماع وليس على الواهب مؤنة القسمة ولا يلزمه جواز اجارة
الدار من رجلين لان المانع فيها عدم التمكن من الانتفاع بالرد الى صاحبها
في مدة الاجارة بحكم المهايأة ولم يوجد هذا المعنى اذا اجرها من رجلين

الا ترى انه يجوز ان يوجرها من شريكه لعدم هذا المعنى ولا يجوز الهبة من شريكه
لما ذكرنا **قال** وصح تصدق عشرة وهبتها لفقيرين لا لغنيين اي لو
تصدق بعشرة دراهم على فقيرين او وهبها لهما جاز ولا يجوز التصدق
بها على غنيين ولا هبتها لهما وهذا رواية الجامع الصغير جعل كل واحد
منهما مجازا عن الاخر حيث جعل الهبة للفقيرين صدقة والصدقة على الغنيين
هبة والاتصال بينهما ان كل واحد منهما تمليك بلا عوض فجازت الاستعارة
وفرق بين الهبة والصدقة في الحكم حتى اجاز الصدقة على اثنين ولم يجز
الهبة لهما والفرق ان الصدقة يبتغى بها وجه الله تعالى وهو واحد
والفقير نائب عنه ولا كذلك الهبة فيكون تمليكا من اثنين فلا يجوز ولهذا
لو اوصى بثلث ماله للفقراء صح وان كانوا مجهولين لانها وقعت لله تعالى
وهو معلوم ولو اوصى بها للاغنياء غير معينين لا يجوز وفي الاصل سوى بينهما
فقال عقيب ذكره الهبة وكذلك الصدقة لان كل واحد منهما يتوقف على
القبض والشيوع يمنع القبض فوجب ان يمنع في المسئلتين اذ لا فرق بينهما
فكان في المسئلة روايتان وقال الحاكم يحتمل ان يكون مراده من قوله
وكذلك الصدقة على الغنيين فيكون مجازا عن الهبة على ما بينا فعلى
هذا ليس في المسئلة اختلاف الروايتين وقال في النهاية والظاهر
ان في المسئلة روايتين وهذا كله على قول ابي حنيفة واما عندهما فالهبة
من شخصين جائزة على ما بينا فالصدقة اولى فلا ينافي الفرق بينهما
وقد ذكرنا الوجه من الجانبين فلا نعيده ولو وهب رجل لرجلين دارا
لاحدهما ثلثاها وللاخر الثلث لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف وان قبضاه
وقال محمد يجوز اذا قبضاه فابو حنيفة ومحمد رحمهما الله مر كل واحد منهما على
اصله لان هذا هبة من رجلين فلا فرق بين ان ينص على نصيب كل واحد
منهما او لم ينص وابو يوسف فرق بينهما فقال النص على البعض الشايع يدل
على ان قصده ثبوت الملك في البعض الشايع فلا يجوز الا ترى انه لو رهن عبدا
عند اثنين ونص لكل واحد منهما على البعض لا يجوز الرهن فكذا الهبة ولو
قال لاحدهما نصفه وللاخر نصفه وكذلك عندهما لما بينا وعن ابي يوسف
روايتان في رواية لا يجوز لما ذكرنا وفي رواية يجوز لانه نص على ما يقتضيه
مطلق العقد لان مطلقه يقتضي التنصيف فامكن تصحيحه بان يجعل
مجازا عن الموجب فيجعل مجازا عن موجب العقد فلا يفسد بخلاف ما اذا
نص على التفاوت لان مطلق العقد لا يقتضيه فلا يمكن جعله مجازا عن
موجبه فيقتضي شيوعا في العقد ضرورة وقيل انما جوز ابو يوسف فيما اذا

حمل

حمل الهبة لهما اولا ثم فصل على التنصيف بان قال وهبت لكما هذه الدار
نصفها لهذا ونصفها لهذا لان التنصيف لم يخالف موجب الاجمال فيكون
لغوا واما اذا فصل ابتداء من غير اجمال بان قال وهبت نصف هذه الدار
لهذا والنصف الاخر لهذا لا يجوز لانه هبة المشاع وفيما اذا اجمل نصيبهما
متفاوتا وثلثا لا يجوز مطلقا لان تفصيله يكون مغيرا ان تقدم الاجمال فيعتبر
فيكون مبطلا للهبة وان لم يتقدمه اجمال يكون هبة المشاع ابتداء فيبطل
وهذا التفصيل هو الاوجه والاظهر عن ابي يوسف والله تعالى اعلم

باب الرجوع في الهبة

قال رحمه الله صح الرجوع فيها يعني اذا وهب لشخص وقبضها وليس فيه
ما يمنع الرجوع من زيادة وموت احدهما وعوض وخروج من الملك وزوجية
وقرابة محرمة للنكاح وهلاك الموهوب جاز الرجوع في الهبة وقال الشافعي
لا يصح الرجوع فيها الا في الولد لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته
الا الوالد فيما يهب لولده ولانه عقد تمليك فوجب ان يلزم كالبيع ولان
الرجوع يضاد مقتضى العقد والعقد لا يقتضي ضده وانما ثبت جواز الرجوع
في الولد لان اخراجه عن ملكه لم يتم لان الولد كسبه او بعضه ولنا قوله
عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي ما لم يعوض والمراد به بعد
التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبله واضافها اليه باعتبار ما كان



كما يقال اكلنا خبز فلان وان كان الاكل قد اشتراه ولان المقصود من
الهبة العوض ولهذا يقال الايادي قروض وتايد ذلك ايضا بالشرع
قال عليه السلام تهادوا تحابوا والتفاعل يقتضي الفعل من الجانبين
فكان له الرجوع اذا لم يحصل مقصوده كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا يرجع
بالثمن لفوات مقصوده وهو صفة السلامة في المبيع والمراد بما روي عدم
الانفراد بالرجوع الا الوالد فانه ينفرد به فيكون له اخذ من غير رضا ولا
قضا عند الحاجة اليه كما في سائر امواله على ما قال عليه السلام انت ومالك
لابيك ان اطيب ما اكلتم من كسبكم وان اولادكم من كسبكم فكلوه هنيئا رواه
احمد وابو داود على انا لا نسلم ان الحديث الذي رواه ينافي الرجوع لانه
خرج عن قبحه ومعناه انه لا يليق له ان يرجع فيه الا الوالد فيما يهب لولده
وقوله عليه السلام المومن لا يكذب وقوله عليه السلام الزاني لا يزني
وهو مومن اي لا يليق له ان يكذب او يزني وهو مومن لانه ينافي
صفة الايمان ان فعله بل هو قبيح ومع الايمان اقبح فكذا هذا قبيح
كما قال عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وقال عليه السلام

العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود وفعل الكلب لا يوصف بالحرمة وإنما
يوصف بالقبح قال ويمنع الرجوع دمع خزقه يعني الموانع للرجوع في الهبة
أشياء يجمعها هذه الحروف على ما نبينها أحدها هو من بيت شعر قيل فيه وهو
قوله • ومانع عن الرجوع في الهبة • يا صاحبي حروف دمع خزقه •
فالدال الزيادة المتصلة كالغرس والبناء والسمن لأن الرجوع لا يصح
إلا في الموهوب والزيادة ليست بموهوبة فلا رجوع فيها والفصل متعذر
ليرجع في الأصل دون الزيادة فامتنع أصلا وبطل حق الواهب لأنه حق
التمليك في الأصل دون الزيادة وحق الموهوب له حقيقة الملك فيهما
فكان مراعاته أولى عند تعذر الفصل ولا يمكن إيجاب الضمان عليه أيضا
لأن حق التملك لا يجوز أخذ العوض عنه فبطل أصلا وأطلق البناء والغرس
ومراده إذا كان يوجب زيادة في الأرض وإن كان لا يوجب لا ينقطع
الرجوع وإن كان يوجب في قطعة منها بأن كانت الأرض كبيرة بحيث لا يعد
مثله زيادة فيها كلها امتنع في تلك القطعة دون غيرها وقوله المتصلة
يحترز به عن المنفصلة كالولد والأرش والعقر فإنه يرجع في الأصل دون الزيادة
لإمكان الفصل بخلاف الرد بالعيب حيث يمتنع بزيادة الولد لأنه عقد
معاوضة فلو رد الأصل دون الزيادة يؤدي إلى الربا لسلامة الولد
له مجانا ورد الولد معها لا يمكن لأن العقد لم يرد عليه فبطل أصلا ورجع
بالنقصان وذكر في المنتقى لا يرجع في الجارية الموهوبة إذا ولدت حتى
يستغني ولدها فلو حبلت ولم تلد فللواهب الرجوع فيها لأنه نقصان
والمراد بالزيادة المتصلة هنا الزيادة في نفس الموهوب بشيء يوجب
زيادة في القيمة كما في المذكور في المختصر وكالجمال والخياطة والصبغ
ونحو ذلك وإن ازداد من حيث السعر فله الرجوع لأنه لا زيادة في العين
فلا يتضمن الرجوع إبطال حق الموهوب له وهو المانع وكذا إذا ازداد
في نفسه من غير أن يزيد في القيمة كما إذا طال الغلام الموهوب لأنه
نقصان في الحقيقة فلا يمنع الرجوع ولو نقله من مكان إلى مكان حتى
إذا ازدادت قيمته واحتاج فيه إلى مؤنة النقل ذكر في المنتقى أنه عند
أبي حنيفة ومحمد ينقطع الرجوع وعند أبي يوسف لا ينقطع لأن الزيادة
لم تحصل في العين فصار كزيادة السعر ولهما أن الرجوع يتضمن إبطال
حق الموهوب له في الكرى ومؤنة النقل فيبطل بخلاف نفقة العبد
لأنه بدل وهو المنفعة والمؤنة بلا بدل ولو وهب عبدا كافرا فأسلم
في يد الموهوب له أو عبدا حلال الدم فعفي ولي الجناية في يد الموهوب

له لا يرجع ولو كانت الجناية خطأ ففداه الموهوب له لا يمنع الرجوع
ولا يسترد منه الفداء ولو علم الموهوب له العبد الموهوب القرآن
أو الكتابة أو الصنعة لم يمتنع الرجوع لأن هذه ليست بزيادة في العين
فأشبهت الزيادة في السعر وفيه خلاف زفر رحمه الله ويروى الخلاف
بالعكس ولو وهب وصيفا صغيرا فشب عند الموهوب له وشاخ حتى صارت
قيمته أقل من قيمته وقت الهبة ليس له أن يرجع فيه لأنه حين شب وازدادت
قيمته سقط الرجوع فلا يعود بعد ذلك بالنقصان ولو اختلفا في الزيادة
كان القول للواهب لأنه ينكر لزوم العقد قال والميم موت أحد المتعاقدين
لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى ورثته وهم لم يستفيدوه من
جهة الواهب فلا يرجع عليهم كما إذا انتقل إليهم في حال حياته ولأن تبدل
الملك كتبدل العين فصار كعين أخرى فلا يكون له فيها سبيل وبموت
الواهب يبطل خياره لأنه وصف له وهو لا يورث كخيار الرؤية والشرط
على ما بيناه في البيوع أو هو مجرد حق وهو أيضا لا يورث بخلاف خيار العيب
وخيار التعيين على ما عرف في موضعه ولأن الشارع أوجبه للواهب والوارث
ليس بواهب قال والعين العوض فإن قال خذ عوض هبتك أو بدلها
أو مقابلها فقبضه الواهب سقط الرجوع لما روينا ولأن ثبوت الرجوع
في الهبة لخلل في مقصوده وقد زال الخلل فصار كما إذا وجد المشتري عيبا
في المبيع ثم زال ولا بد من ذكر الموهوب له أن المدفوع عوض عن الهبة بأن
يقول خذ هذا بدلا عنها أو مقابلتها أو جزاءها أو ثوابها أو نحو ذلك مما
يتبين أنه عوض عنها لأن حق الرجوع ثابت له ولا يسقط إلا بعوض يرضى به
هو ولا يتم ذلك بدون رضاه ويشترط في العوض شرائط الهبة من القبض
والإفراز لأنه ليس بعوض حقيقة وإنما هو تمليك مبتدأ ولهذا يجوز بأقل
من الموهوب من جنسه في المقدرات وشرط العوض أن لا يكون بعض الموهوب
حتى لو عوضه بعض الموهوب عن البعض الباقي لم يجز لأن حقه كان ثابتا
في الكل فإذا وصل إليه بعضه لا يسقط حقه في الباقي وفيه خلاف زفر
هو يقول إن الموهوب له ملكه بالقبض فالتحق بسائر أملاكه وجوابه ما قلنا
ولو وهب للواهب شيئا ولم يذكر أنه عوض عنها كان هبة مبتدأة فلكل
واحد منهما أن يرجع في هبته قال وصح من أجنبي أي يجوز العوض من
الأجنبي لأن الموهوب له لا يحصل له بهذا العوض شيء لم يكن سالما له من قبل
فيصح من الأجنبي كما يصح منه كالخلع والصلح عن دم العمد بخلاف ما إذا كان
فيه دخول ملك حيث لا يجوز من الأجنبي على ما بينا في الصلح ثم الأجنبي هنا

لا يرجع على الموهوب له وان كان بامره لانه لم يؤد عنه شيئا واجبا عليه لان
العوض ليس بواجب على الموهوب له بخلاف قضاء الدين حيث يرجع الاجنبي
على المدين اذا قضى بامره لان الدين ثابت في ذمته وقد امره ان يسقط مطالبته
عنه فيكون امرا بان يملكه ما كان للطالب وهو الدين فصار كما لو امره ان يملكه
عينا **قال** واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يدفع اليه
الا ليسلم له الموهوب كله فاذا فات بعضه رجع عليه بقدره كغيره من المعاوضات
قال رحمه الله وبعكسه لا الا ان يرد ما بقي اي اذا استحق بعكسه وهو ما
اذا استحق نصف العوض لا يرجع بشيء حتى يرد ما بقي من العوض وقال زفر رحمه
الله يرجع بنصف الهبة لان كل واحد منهما عوض عن الآخر فكما يرجع الموهوب
له بنصف العوض عند استحقاق نصف الهبة فكذا يرجع الواهب ايضا بنصف
الهبة عند استحقاق نصف العوض لانه حكم المعاوضة اذ هو مقتضى المساواة
ولنا ان العوض ليس ببدل عنه حقيقة بدليل انه يجوز ان يعوضه اقل من
جنسه في المقدرات ولو كان معاوضة لما جاز للربوا وحقيقته ان الموهوب
له مالك للهبة والانسان لا يعطي بدل ملكه لغيره وانما اعطاه ليسقط
حقه في الرجوع وما بقي يصلح لاسقاط الرجوع ولهذا لو عوضه هذا القدر
من الابتداء سقط به حقه في الرجوع الا انه لم يرض بسقوط حقه الا بسلامة
كل العوض له فاذا لم يسلم له كله كان له الخيار ان شاء رضي بما بقي من العوض
وان شاء رد الباقي عليه ورجع في الهبة كانه اعطاه هذا القدر في هذه
الحالة ولان للعوض شبهين يشبه ابتداء الهبة من حيث ان الموهوب له
متبرع فيه باختياره ويشبه المبادلة من حيث انه ملكه بمقابلة الهبة
من حيث ان الموهوب له متبرع عنه فوفرنا عليه حظه منهما فجعلناه كالمعاوضات
عند استحقاق كله حتى يرجع بالهبة او بعضه حتى يثبت له الخيار وجعلناه
كالهبة حتى لا يرجع بالبعض من غير رد الباقي عند استحقاق بعضه **قال**
ولو عوض النصف رجع بما لم يعوض يعني اذا عوض عن نصف الموهوب كان له
ان يرجع في النصف الآخر لان حقه في الرجوع كان في الكل فاذا عوضه
عن بعضه امتنع الرجوع في حصته وبقي حقه في الباقي على ما كان **قال**
والخاء خروج الهبة عن ملك الموهوب له لان الاخراج عن ملكه وتمليكه
لغيره حصل بتسليط الواهب فلا يمكن نقض ما تم من جهته ولان تبدل
الملك كتبدل العين فصار كالعين الاخرى فلا يرجع فيها ولو وهب
لمكاتب غيره هبة ثم عجز المكاتب لم يرجع الواهب فيها عند محمد لان هذه
هبة للمكاتب حقيقة ولهذا كان القبول اليه ويثبت له الملك فيها

فينصرف فيها تصرف الملاك وبالعجز انتقلت الى مولاه فصار كانتقالها
الى اجنبي فيبطل حق الرجوع وعند ابي يوسف له ان يرجع فيها لان الهبة
وقعت للمكاتب من وجه وللمولى من وجه فبالعتق يصير ملكا له من كل وجه
وبالعجز يصير ملكا لمولاه من كل وجه ثم اذا عتق كان له ان يرجع فيها فكذا
اذا عجز وكان اعتبار هذا الجانب اولى في المسئلتين من اعتبار الجانب الآخر
كيلا يلزم بالشك **قال** وبيع نصفها رجع في النصف كعدم بيع شيء
يعني اذا بيع نصف الهبة يرجع في النصف الباقي كما لو لم يبع منها شيء فانه
اذا لم يبع منها شيء كان له ان يرجع في النصف ويترك النصف لان له حق الرجوع
في الكل فله ان يستوفيه ان شاء وان شاء استوفى نصفه وكذا له ان يترك
الكل ان شاء وان شاء يترك النصف فكذا اذا باع نصفها له ان يأخذ
نصفها الباقي لان المانع لم يوجد الا في النصف فيتقدر الامتناع بقدره
بل اولى لانه لما جاز الرجوع في النصف مع امكان الرجوع في الكل فاولى
ان يجوز عند العجز **قال** والزاء الزوجية فلو وهب ثم نكح رجع
وبالعكس لا اي لو وهب لاجنبية ثم تزوجها يجوز له الرجوع في الهبة وبالعكس
وهو ما اذا وهب لزوجته ثم ابانها ليس له الرجوع في الهبة والاصل فيه
ان الزوجية نظير القرابة حتى يجري التوارث بينهما بلا حاجب وترد شهادة
كل واحد منهما للآخر فيكون المقصود في هبة كل واحد منهما للآخر الصلة
والتوادد دون العوض كما في القرابة المحرمية وقد حصل فلا يرجع بعد
حصول المقصود بخلاف الهبة للاجنبي لان المقصود فيها العوض على ما
بينا فكان له الرجوع عند فواته ثم المعتبر في ذلك حالة الهبة فان كانت
اجنبية فيها كان مقصوده العوض ويثبت له الرجوع فيها فلا يسقط
بالتزوج وان كانت حليلة له كان مقصوده الصلة دون العوض
وقد حصل فسقط الرجوع ولا يعود بالابانة **قال** والقاف القرابة
فلو وهب لذي رحم محرم منه لا يرجع فيها لقوله عليه السلام اذا كانت
الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ولان المقصود منها صلة الرحم وقد حصل
وفي الرجوع قطيعة الرحم فلا يرجع فيها سواء كان مسلما او كافرا كالعتق
في الملك ولو وهب لعبد اخيه او لاخيه وهو عبد لاجنبي رجع فيهما عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يرجع في الاولى وفي الثانية يرجع لان الملك
يقع للمولى فكان المعتبر هو المولى وله ان الهبة تقع للمولى من وجه وهو
ملك الرقبة وللعبد وجه وهو ملك اليد الا ترى انه احق به ما لم يقض
عن حاجته فباعتبار احد الجانبين يلزم فيها وباعتبار الجانب الآخر لا يلزم

بينهما فلا يلزمه بالشك ولان الصلة قاصرة في حق كل واحد منهما لما ذكرنا
من المعنى والصلة الكاملة هي المانعة من الرجوع فلا يتعدى الى الناقص
ولو كان اجنبيا ذا رحم محرم من الواهب ذكر الكرخي رحمه الله عن محمد ان قياس
قول ابي حنيفة رحمه الله ان يرجع لانه لم يكن لكل واحد منهما الصلة كاملة
وقال العبد وان لم يتيسر له ان يرجع في قولهم جميعا لان الهبة لايهما وقعت
تمنع الرجوع ولو وهب لمكاتب وهو ذو رحم محرم منه فان عتق لا يرجع لان الملك
استقر له فيكون صلة تحققه من كل وجه باعتبار العقد وحكمه وان عجز
عند محمد لا يرجع لان الكسب كان للمكاتب ثم انتقل الى المولى عند العجز لما بينا
في المكاتب الاجنبي وانتقال الملك يمنع الرجوع وعند ابي يوسف يرجع لانه
بالعجز تظهر ان حقيقة الملك وقعت للمولى وقت الهبة ولو كان المكاتب
اجنبيا ومولاه قريب الواهب فان عتق المكاتب رجع لان الملك وقع للاجنبي
وان عجز فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله بناء على ما ذكرنا ثم فيمن وهب لعبد
اخيه على ما مر **قال** والهلاك يعني هلاك العين الموهوبة فانه
مانع من الرجوع لتعذره بعد الهلاك اذ هو غير مضمون عليه **قال** فلو
ادعاه صدق اي لو ادعى الموهوب له هلاك الهبة تصدق لانه منكر لوجوب
الرد عليه فاشبه المودع **قال** وانما يصح الرجوع بتراضيهما او بحكم الحاكم
لان ملك الموهوب له ثابت في العين فلا يخرج عن ملكه الا برضى او بالقضا
ولانه مختلف فيه بين العلما وفي اصله وهن وفي عدم حصول مقصوده
ووجوده خفا لانه يحتمل ان يكون غرضه العوض الدنيوي فيثبت له حق
الرجوع ويحتمل ان يكون غرضه ثواب الاخرة او اظهار الجود والسماحة
فلا يكون له الرجوع على هذا التقدير فلا بد من الفصل بالقضا او الرضى
مما لم يقض القاضي او يتراضيا هما التراضي ملك الموهوب له ثابت في العين
حتى ينفذ تصرفه فيه من عتق وبيع وغير ذلك ولو كان بعد المرافعة
الى الحاكم وكذا لو منعه وهلك في يده لا يضمن لقيام ملكه فيه وكذا لو هلك
بعد القضا قبل المنع لان اول القبض كان غير مضمون عليه فلا ينقلب
مضمونا بالاستمرار عليه وان منعه بعد القضا ضمن لوجود التعدي منه
ثم اذا حصل الرجوع بالقضا او بالتراضي يكون فسخا من الاصل وقال زفر
رحمه الله الرجوع بالتراضي عقد جديد فيجعل بمنزلة الهبة المبتداة
لان الملك عاد اليه بتراضيهما فاشبه الرد بالعيب ولهذا لو رده في
مرض موته برضاه يعتبر من الثلث ولنا ان عقد الهبة انعقد موجبا حق
الفسخ للواهب وهو بالفسخ يكون مستوفيا حقا ثابتا له بالعقد لان العقد

وقع غير لازم فاذا رجع رجع اليه عين ملكه كالعارية فيكون فسخا في حق
الكل ولا يمكن ان يجعل هبة مبتداة ولهذا لا يشترط فيه قبض الواهب
ويصح في الشائع بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان حقه فيه في وصف
السلامة لا في الفسخ ولهذا لو زال العيب امتنع الرد لوصول حقه اليه
لكن اذا لم يمكن تسليمه فات رضاه فيرجع بالعوض ويلزم منه فسخ العقد
ضرورة من غير ان يثبت حقه في الفسخ فاذا لم يكن له حق في الفسخ لم يصر
مستوفيا حقه فيكون مالكا مبتدا ضرورة غير انه اذا حكم القاضي بالرد
عند عجزه عن تسليم حقه جعلناه فسخا لعموم ولايته وكذلك المتعاقدان
لا ولاية لهما الا على انفسهما وانما اعتبر رده في المرض من الثلث لان
حق الورثة تعلق بجميع ماله فلا يقدر ان يبطله باختياره وان ابطله
رد عليه كيف ما كان استحسانا وفي القياس ان لا يرد ذكره ابن سماعة **قال**
فان تلفت الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب
بما ضمن لان الهبة عقد تبرع وهو غير عامل له فلا يستحق السلامة ولا يثبت
به الغرور بخلاف الوديعة لان المودع عامل له وبخلاف المعاوضات لان
عقد المعاوضة يقتضي السلامة فيكون كل واحد منهما ملتزما لوصف السلامة
بالاقدام على العقد فاذا لم يسلم له صار مغرورا من جهته فيرجع عليه بما لحقه
قال والهبة بشرط العوض هبة ابتدا فيشترط التقابض في العوضين
وتبطل بالشيوع بيع انتها فترد بالعيب وخيار الرؤية وتوخذ بالشفعة
وقال زفر والشافعي هو بيع ابتدا وانتها لانهما اتيا بمعنى البيع وهو التمليك
بعوض والعبرة في العقود للمعاني دون الالفاظ الا ترى ان الكفالة
بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط عدم البراءة كفالة وهبة
الدين ممن عليه ابرا وبيع العبد من نفسه اعتاق وهبة المنفعة بالعوض
اجارة والاعارة بعوض اجارة ولنا انه اشتمل على وجهين فيجمع بينهما
ما امكن عملا بالشبهين فيكون ابتداؤه معتبرا بلفظه فيجري فيه احكام
الهبة وانتهاؤه معتبرا بمعناه فيجري فيه احكام البيع كالهبة في المرض
فان ظاهره تمليك في الحال تبرعا ومعناه معنى الوصية لما فيه من ابطال
ما تعلق به حق الورثة فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يشترط فيه القبض
وتبطل بالشيوع فيما يحتمل القسمة ويوجب الملك عند القبض في الحال
ويعتبر انتهاؤه بمعناه حتى ينفذ من الثلث بعد الدين لان الالفاظ لا يجوز
الغاؤها مع امكان العمل بها وقد امكن فيما نحن فيه ولا تنافي بين حكميهما
لان حكم البيع قد يكون متراخيا باشتراط الخيار لاحدهما وفي البيع الفاسد

فيكون موافقا لحكم الهبة من حيث تأخره إلى القبض في الهبة وقد يكون لازما
بانقطاع الرجوع بما ذكرنا من الموانع للرجوع بخلاف المسائل المستشهد بها
فإن العمل فيها بالمعنيين غير ممكن للتضاد بين الحكمين فتعين إلغاء اللفظ
والعمل بالمعنى ولو وهب الأب مال ابنه الصغير بشرط العوض لم يجز عند
أبي حنيفة وأبي يوسف لأنه متبرع ابتداء وهو لا يملك التبرع بماله وقال
محمد يجوز لأنه بيع انتهاء على ما بينا **فصل** ومن وهب أمة إلا
حملها أو على أن يردها عليه أو يعتقها أو يستولدها أو دارا على أن يرد
عليه شيئا منها أو يعوضه شيئا منها صحت الهبة وبطل الاستثناء والشرط
لأن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ألا ترى أنه عليه السلام أجاز
العمرى وأبطل الشروط وهذه كلها شروط فاسدة أما في غير استثناء الحمل
فظاهر وأما في استثناء الحمل فلأن الاستثناء تصرف لفظي لا يعمل إلا فيما تناوله
اللفظ والحمل لم يدخل تحت اللفظ وإنما هو وصف للجارية فكان تبعا لها
فلا يصح استثناؤه على ما بينا في الإقرار فانقلب شرطا فاسدا وهو لا يؤثر
في الهبة فيصح ويدخل الحمل تبعا لها وهذا هو الحكم في كل معاوضة مال
بغير مال كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد بخلاف المعاوضات المالية
لأنه عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولأن الهبة معلق بفعل حسي وهو
القبض فلا تفسد بالمفسد الحكمي بل الشروط نفسها تبطل ولو أعتق
ما في بطنها ثم وهبها جازت الهبة في الأم لأن الجنين غير مملوك له واستعمال
بطنها به لا يوجب الفساد كما إذا وهب أرضه وفيها ابنه بخلاف ما إذا
دبر الحمل ثم وهبها حيث لا تجوز الهبة لأن ملكه فيه باق ولا يمكن إدخاله
في الهبة لأن المدبر لا يقبل النقل من ملك إلى ملك ولا يمكن تصحيح الهبة
في الأم بدونه لأنها مشغولة به فصار نظير هبة النخل بدون الثمر أو
الجوالق بدون الدقيق من حيث إن كل واحد منهما يمنع القبض بخلاف البيع
حيث لا يجوز في الفصول كلها فصل الاستثناء والعتق والتدبير وبخلاف
الوصية حيث يجوز في الأم دون الحمل وفي الحمل دون الأم لأن بابها أوسع
على ما بينا في البيوع وقوله على أن يعوضه شيئا منها فيه إشكال فإنه إن
أراد به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل
الشروط وإن أراد به أن يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة فهو تكرار
محض لأنه ذكره بقوله على أن يرد عليه شيئا منها **قال** ومن قال لمديونه
إذا جاء غد فهو لك أو أنت منه بريء أو إن أديت إلي نصفه فلك نصفه أو أنت
بريء من النصف الباقي فهو باطل لأن تمليك الدين فيه معنى الإسقاط ه

ولأنه

ولأنه إسقاط فيه معنى التمليك لأن الدين مال من وجه بالنظر إلى المآل
حتى تجب فيه الزكاة ويصح شراؤه به من المديون ووصف من وجه بالنظر إلى
الحال حتى لو حلف أنه لا مال له وله ديون على الناس لا يحنث فمن وجه أنه مال
كان تمليكا فيرتد بالرد ومن وجه أنه وصف كان إسقاطا فلا يتوقف على
القبول والتعليق بالشروط يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها
كالطلاق والعتاق وهذا تمليك من وجه فلا يجوز تعليقه بالشرط فبطل
بخلاف قوله أنت بريء من النصف على أن تؤدي إلي النصف لأنه تقييد
وليس بتعليق على ما بيناه في الصلح **قال** وصح العمرى للمعمر له حال حياته
ولورثته بعد موته ومعناه أن يجعل داره له عمره فإذا مات ترد عليه لا الرقبى
أي إن مت قبلك فهي لك وهذا تفسير الرقبى أي تقول ذلك له لما روي
عن زيد بن ثابت أنه عليه السلام قال من أعمر عمرى فهي للمعمر محياه ومماته لا ترقبوا
من أرقب شيئا فهو سبيل الميراث رواه أحمد وأبو داود والنسائي وفي لفظ
جعل الرقبى للذي أرقبها رواه أحمد والنسائي ولأن معنى العمرى هو
التمليك في الحال ويجعلها له عمره ثم إذا مات يرجع إليه فصح التمليك وبطل
الشرط لما بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويبطل الشرط ومعنى
الرقبى إن ملكها له بعد موته فيكون تمليكا مضافا إلى زمان ويحتمل الارتقاب
وهو الانتظار لأنه ينتظر موته فلا يصح لعدم التمليك في الحال وقال أبو
يوسف يصح الرقبى أيضا بناء على أنها تمليك للحال واشتراط الاسترداد بعد
موته عنده كالعمرى كأن الواهب ينتظر موت الموهوب له وقد روى ابن عباس
أنه عليه السلام قال العمرى جائزة لمن أعمرها والرقبى جائزة لمن أرقبها
رواه أحمد والنسائي فحاصله أنه متى وجد التمليك في الحال واشترط الرد
في المآل يجوز بالإجماع لما بينا أن الهبة لا تبطل بالشرط بل الشرط يبطل
ومتى كان التمليك مضافا إلى زمان في المستقبل لا يجوز بالإجماع فكان
الخلاف بينهم مبنيا على تفسير الرقبى فمن قال إنه تمليك في الحال أجازه
ومن قال إنه مضاف لم يجزه وليس باختلاف حقيقة ومثل هذا تقدم في نكاح
الصابئيات وفي فساد الصوم بالإقطار في الإحليل وفي وجوب الدم إذا
غسل المحرم رأسه بالخطمي ويلبس الثوب المصبوغ بعصفر فإذا لم يكن بينهم
خلاف في الحقيقة واللفظ صالح للمعنيين أمكن التوفيق بين الأخبار فما ورد
من النهي عن الرقبى محمول على أن المراد به إبطال شرط الجاهلية وهو الاسترداد
بعد موت الموهوب له وما جاء فيه من الإطلاق محمول على أنه جائز والشرط
باطل ومثله جاء النهي عن العمرى أيضا وما روي عن ابن عمر أنه عليه السلام

قال لا تعمروا ولا ترقبوا فمن اعمر شيئا او ارقبه فهو له حياته ومماته رواه احمد
والنسائي وقال عليه السلام العمرى جائزة لاهلها والرقبى جائزة لاهلها
رواه ابو داود والترمذي والنسائي وفيهما اخبار كثيرة بعضها يبيحهما وبعضها
يحظرهما وبالحمل على ما قلناه حصل التوفيق بلا معارضة والله اعلم قال
والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض ولا في مشاع يحتمل القسمة لانه تبرع
كالهبة ويلزم فيما لا يلزم في الهبة فامتنعت بدون القبض كالهبة قال
ولا رجوع فيها اي في الصدقة لان الصدقة المقصود فيها هو الثواب
دون العوض قال في النهاية لا رجوع في الصدقة على الغني كما لا رجوع في الصدقة
على الفقير ثم قال من اصحابنا من قال الصدقة على الغني والهبة سواء
لانه يقصد به العوض دون الثواب الا ترى انه في حق الفقير جعلت الصدقة
والهبة سواء فيما هو المقصود ثم له ان يرجع في الهبة فكذا في الصدقة
ثم قال ولكنا نقول في ذكر لفظة الصدقة ما يدل على انه لم يقصد العوض
ومراعاة لفظه اولى من مراعاة حال المملك ثم التصدق على الغني
يكون قربة يستحق به الثواب فانه قد يكون مالكا للنصاب وله عيال كثير
والناس يتصدقون على مثل هذا لنيل الثواب الا ترى انه عند اشتباه
الحال يتادى به الواجب الذي عليه ولا رجوع له فيه بالاتفاق فكذا عند
العلم بحاله لا يثبت له حق الرجوع عليه هكذا ذكر في النهاية معزيا
الى المبسوط وما ذكره من عدم جواز التصدق على غني بينا في هذا المقام
هناك لم يعتبر فيه وفي الهبة الا حال المتملك حتى اجازوهما للفقير
ومنعوهما للغني على الصحيح وهو المذكور في الجامع الصغير على ما بينا
من قبل فقياسه ان يملك الرجوع في الصدقة على الغني ولا يملك الرجوع
في الهبة على الفقير

كتاب الاجارة

قال رحمه الله هي بيع منفعة معلومة باجر معلوم وقيل هي تمليك النفع
بعوض بخلاف النكاح فانه ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض
هذا في الشرع وفي اللغة الاجارة فعالة من اجر ياجر من باب طلب
وضرب فهو آجر وذاك مأجور والاجارة اسم للاجرة وهي ما اعطي من
كراء الاجير وقد اجره اذا اعطاه اجرته والاجر ما يستحق على عمل الخير
ولهذا يدعى به فيقال اجرك الله واعظم الله اجرك وفي كتاب العين اجرت
مملوكي اوجره ايجارا فهو مؤجر وفي الاساس آجرني داره فاستاجرتها
وهو مؤجر ولا تقل مواجر فانه خطا وقبيح قال وليس آجر هذا فاعل
بل هو افعل وهي جائزة باجماع الامة قال الله تعالى حكاية عن شعيب

عليه

عليه السلام اني اريد ان انكحك احدى ابنتي هاتين على ان تاجرني ثماني
حجج وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم يظهر النسخ لا سيما اذا قص لنا
لا على وجه الانكار وقال عليه السلام من استاجر اجيرا فليعلمه اجره وشرطها
ان تكون الاجرة والمنفعة معلومتين لان جهالتهما تفضي الى المنازعة
وركنها الايجاب والقبول وحكمها وقوع الملك في البدلين ساعة فساعة
لان المعقود عليه وهي المنافع معدومة والقياس لا يجوز لما فيه من اضافة
العقد الى ما سيوجد الا انها اجيزت للضرورة ولكثرة الحاجة اليها وهي
تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع والعين المستاجرة اقيمت
مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله
يظهر في المنفعة تملكا واستحقاقا حال وجودها وهذا كالمسلم فيه بان
الذمة التي هي محل المسلم فيه اقيمت مقام المعقود عليه في حق جواز السلم
وقال الشافعي تجعل المنافع المعدومة موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد
لان العقد يستدعي محلا ينعقد فيه اذ الشرع حكم بالانعقاد وهو وصف
العقد المنعقد فحكمنا بوجود المحل لينعقد العقد فيه وهذا لان العقد
قد لزم واللزوم وصف يثبت بالعقد فحكمنا بوجود المحل لينعقد العقد
فيه فانزلنا المعدوم موجودا لذلك قلنا ارتباط الايجاب بالقبول
صفة الكلامين والمحل يحتاج اليه الحكم وانما اشترط وجود المحل عند
الارتباط لان الانعقاد لاجل الحكم فلا بد من تعيين المحل حتى يجعل العقد
فيه فجعل الدار خلفا عن المنفعة في حق اضافة العقد اليها ثم ينعقد
ذلك على هذا اللفظ متراخيا الى وقت وجود المنفعة وحكم العقد
وهو الملك ينفصل عن العقد كما في البيع بشرط الخيار وهذا
اولى مما ذهب اليه الشافعي لانه تغيير لما هو حكمي بدليل شرعي وما ذهب
اليه قلب الحقائق لان المنافع معدومة حقيقة والمنفعة لا تتصور
موجودة في لحظة فلا يمكن جعلها موجودة حكما لان الشرع لا يرد بتقدير
المستحيل ولهذا لو اضاف العقد الى المنفعة لا يجوز ولو اضافه الى
العين جاز بالاجماع ولان ما قلناه ليس فيه الا اقامة السبب مقام
المسبب وهو امر شايع شرعا كاقامة السفر مقام المشقة ونحوه فكان
اولى قال وما صلح ثمنا صلح اجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن
المبيع ثم ان كانت الاجرة عينا جاز كل عين ان يكون اجرة كما جاز ان يكون
بدلا في البيع وان كان موصوفا في الذمة يجوز ايضا كل ما جاز ان يكون
ثمنا او مبيعا في الذمة كالمقدرات والمذروعات ونحوها فلا فرق

شيئا فيه وقوله ما صح ثمنا صح اجرة لتقتضي ذلك ولا يتأتى العكس حتى صح اجرة
ما لا يصلح ثمنا ايضا كالمنفعة فانها لا تصلح ثمنا وتصلح اجرة اذا كانت
مختلفة الجنس كاستيجار سكنى الدار بزراعة الارض واذا اتحد جنسهما
لا يجوز كاستيجار الدار للسكنى بالسكنى وكاستيجار الارض للزراعة بزراعة
ارض اخرى لان المنافع معدومة فيكون بيعا بالنسيئة على ما قالوا ولا يجوز
ذلك في الجنس المتحد لانه يكون كبيع القوهي بالقوهي نسيئة بخلاف مختلفي
الجنس على ما قالوا **قال** والمنفعة تعلم ببيان المدة كالسكنى والزراعة
فيصح على مدة معلومة اي مدة كانت ومنه الاجير الوحد لان المدة اذا كانت
معلومة كانت المنفعة معلومة فيجوز طالت المدة او قصرت تاخرت
بان كانت مضافة او تقدمت بان كانت متصلة بوقت العقد ولا معنى لقول
الشافعي فانه يقدر بسنة في رواية ولا يجوز اكثر منها لان جوازها كان
للضرورة ولا ضرورة الى اكثر منها وفي رواية مقدرة بثلاثين سنة ولا يجوز
اكثر منها لانه قل ما يستعمل بالاجرة اكثر من ذلك وفي رواية يجوز ابدا لان
بيع المنافع كبيع الاعيان فيجاز مؤبدا قلنا كل ذلك باطل لان المجوز لها
كونها معلومة ولا معنى لمنعه بعد ان صارت معلومة الا ترى الى قوله
تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام اني اريد ان انكحك احدى ابنتي هاتين
على ان تأجرني ثماني حجج فاجاز اكثر من سنة لان المنافع لا تكون معلومة
الا بضرب المدة لها فلا تجوز الا موجلة بخلاف بيع الاعيان فانها معلومة
بدونه ومن شرطه التأبيد ايضا حتى لو ضرب له اجل فسد البيع وقال
بعضهم لا يجوز ان يضرب لها اجل لا يعيش اليه مثله عادة لان الغالب
كالمتحقق في حق الاحكام حتى يحكم بموت المفقود عند موت اقرانه فصار
كالتأبيد معنى فلا يجوز لما عرف ان التأبيد يبطلها وبه كان يفتي القاضي
ابو عصمة العامري وبعضهم جوز ذلك والخصاف منهم لان العبرة في هذا
الكلام للمتعاقدين وانه يقتضي التوقيت ولا يقتضي تعيين التوقيت
قال ولا يزاد في الاوقاف على ثلاث سنين اي لا يجوز ان يزاد مدة الاجارة
في الاوقاف على ثلاث سنين خوفا من دعوى المستاجر انه ملكه اذا طالت
المدة وذكر بعض الحنفية في جواز الزيادة على ثلاث سنين ان يعقد عقودا
كل عقد على سنة ويكتب في الكتاب ان فلان بن فلان استاجر الوقف كذا
كذا سنة بكذا او كذا عقدا اي كل عقد سنة وذكر صدر الاسلام الحيلة
فيه ان يرفع الى الحاكم حتى يجيزه وكان الصدر الشهيد يفتي بالجواز في ثلاث
سنين في الضياع الا اذا كانت المصلحة في المنع وفي غير الضياع كان

يفتي

يفتي بعدم الجواز فيما زاد على سنة واحدة الا اذا كانت المصلحة في الجواز وهذا
اذا لم ينص الواقف على مدة الاجارة واذا اشترط لذلك شيئا من المدة فهو على ما
شرط طال او قصر لان شروط الواقف تراعى كالنصوص **قال** او بالتسمية
كالاستيجار على صبغ الثوب وخياطته اي المنفعة تعلم بالتسمية كما فيما
ذكره من الصبغ والخياطة ومنه استيجار الدابة للحمل والركوب لانه اذا بين
المصبوغ والصبغ وقدر ما يصبغ به وجنسه وجنس الخياطة والمخيط ومن
يركب على الدابة والقدر المحمول عليها والمسافة فقد صارت المنفعة معلومة
بلا شبهة فصح العقد ومن هذا النوع الاجارة على العمل كاستيجار القصار
ونحوه **قال** او بالاشارة كالاستيجار على نقل هذا الطعام الى كذا اي
تكون المنفعة معلومة بالاشارة لما ذكر من نقل الطعام لانه اذا علم
المنقول والمكان المنقول اليه صارت المنفعة معلومة وهذا النوع
هو قريب من النوع الاول **قال** والاجرة لا تملك بالعقد بل بالتعجيل او
بشرطه او بالاستيفاء او بالتمكن منه اي لا تملك الاجرة بنفس العقد سواء كانت
الاجرة عينا او دينا وانما تملك بالتعجيل وبشرط التعجيل او باستيفاء المعقود
عليه وهي المنفعة او بالتمكن من استيفائه بتسليم العين المستاجرة في المدة
وقال الشافعي رحمه الله تملك بنفس العقد ويجب تسليمها عند تسليم العين
المستاجرة لانها عقد معاوضة فيثبت الملك في البدلين بنفس العقد وهذا
مبني على اصله ان المنفعة المعدومة عنده جعلت موجودة حكما لان من شرط
جواز العقد ان يكون المعقود عليه موجودا مقدورا على تسليمه لانه عليه
السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والشارع جعل المعدوم
حقيقة موجودا حكما كما جعل النطفة في الرحم كالحي حكما في حق الاحكام من
الوصية والارث وكذا يجعل الموجود حقيقة كالمعدوم حكما كما جعل المرتد
الملتحق بدار الحرب ميتا حكما في حق الاحكام كالارث وعتق امهات الاولاد
والدليل على انه كالموجود جواز الاستيجار بالدين ولو كان معدوما لما جاز
لانه يصير دينا بدين وهو حرام شرعا ولنا ان هذا عقد معاوضة فيقتضي
المساواة بينهما وذلك بتقابل البدلين في الملك والتسليم واحد البدلين
وهو المنفعة لا تصير مملوكة بنفس العقد لاستحالة ثبوت الملك في المعدوم
فكذا في البدل الاخر ولو ملك الاجر لملكها بغير بدل وهو ليس من قضية
المعاوضة فتأخر الملك فيه ضرورة وجواز العقد ليس باعتبار ان المعدوم
جعل موجودا حكما وكيف يقال ذلك والموجود من المنفعة لا يقبل العقد
لانه عرض لا يبقى زمانين فلا يتصور فيه التسليم بحكم العقد والعدم

على التسليم شرط لجواز العقد وما لا يتصور فيه التسليم لا يكون محلا للعقد
بل باعتبار ان العين التي هي سبب وجود المنفعة اقيمت مقام المنفعة
في حق صحة الايجاب والقبول وفي حق وجوب التسليم اذ العين هي التي يمكن
تسليمها دون العرض فانعقد في حقها في الحال في حق المنفعة لا اذ اقتضى
ما يتصور العقد على المنفعة ان يكون العقد مضافا الى وقت حدوثها
فينعقد العقد في كل جزء من المنفعة على حسب وجودها شيئا فشيئا وهو
معنى قولنا ان عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها على
حسب حدوث المنافع وانما اقيمت العين مقام المنفعة تصحيحا للعقد
في حق الانعقاد والتسليم ضرورة عدم تصورها في المنفعة ولا ضرورة في
حق الملك في البدل اذ ما ثبت للضرورة يثبت بقدرها فلا يظهر في حق
ملك البدل كما لا يظهر في حق ملك المنفعة فيكون العقد مضافا الى وقت
حدوثها غير منعقد للحال في حقهما وهذا اولى من الذي ذهب اليه ان هي
فان فيه قلب الحقائق وهو جعل المعدوم موجودا وما ذهبنا اليه ليس فيه
الا اقامة السبب وهو العين مقام المسبب وهي المنفعة في حق بعض الاحكام
وهذا القدر من التعبير معهود في الشرع الا ترى ان الشارع اقام السفر
مقام المشقة لانه سببها واقام البلوغ مقام اعتدال العقل حتى يتوجه التكليف
به لانه سببه ونظائره كثيرة لا تحصى وانما جاز الاستيجار بالدين لان العقد
لم ينعقد في حق المنفعة فلم تصر المنفعة دينا في ذمته فلا يجب بدلها ايضا
عند انعقاد العقد دينا وهو زمان حدوثها بل تصير هي مقبوضة فلا
يكون دينا بدين اصلا ولو كان العقد منعقدا في حق المنفعة لما جازت
الاجارة بالدين المؤجل اصلا كما لا يجوز السلم به ولو جاز ان يجعل المعدوم
كالمستوفى لجاز ذلك في السلم ايضا كما اذا باع العين بالدين فاذا استوفى
المنفعة ثبت الملك في الاجرة لتحقق المساواة وان عجلها او اشترط تعجيلها
فقد التزمه بنفسه وابطل المساواة التي اقتضاها العقد فصح بخلاف
الاجارة المضافة الى وقت بشرط تعجيل الاجرة حيث يكون الشرط باطلا
ولا يلزمه للحال شيء لان امتناع وجوب الاجرة فيه ليس بمقتضى العقد بل
بالتصريح بالاضافة الى وقت في المستقبل والمضاف الى وقت لا يكون
موجودا قبل ذلك الوقت فلا يتغير هذا المعنى بالشرط وفيما نحن فيه انما لا يجب
لمقتضى العقد المساواة وليس بمضاف صريحا فيبطل ذلك المعنى بالتصريح
على خلافه الا ترى ان الثمن في البيع يجب في الحال ولا يجب تسليم المبيع حتى
يسلم الثمن لان العقد يقتضي المساواة ثم اذا كان الثمن مؤجلا لا يجب تسليمه

في الحال لانه تأخر العقد صريحا ولا اشكال يصح الابراء عن الاجرة بعد العقد
ولو لم يملكها لما صح وكذا يصح الارتهان والكفالة بها وكذا لو تزوج امراة
بسكنى داره سنة وسلم الدار اليها ليس لها ان تمنع نفسها فلو لم تملك المنفعة
او لم تقبضها لمنعت نفسها لانا نقول لا يصح الابراء عند ابي يوسف لعدم
وجوبه كالمضاف بخلاف الدين المؤجل لانه ثابت في الذمة فجاز الابراء عنه
والجواب على قول محمد انه وجد سبب وجوبه فجاز ابراؤه بعد وجود السبب
كالابراء عن القصاص بعد الجرح والرهن والكفالة للوثيقة فلا يشترط فيه
حقيقة الوجوب الا ترى انهما جائزان بالثمن في البيع المشروط فيه الخيار
وبالدين الموعود وجازت الكفالة بالدرك وجاز تعليقها بالشرط فكذا
بهذا الدين اما جواز الكفالة فظاهر لانه يجوز تعليقها بشروط ملائمة
وهذا لا يكون اقل منه واما الرهن فلانه استيفاء الدين حكما فيكون معتبرا
بالاستيفاء الحقيقي فلو استوفى الاجرة هنا حقيقة جاز فكذا حكما بخلاف الاجارة
المضافة وانما لم يكن للمراة ان تحبس نفسها بعد تسليم الدار اليها لانه اوفى
ما سمي لها برضاها وهو المراد عندها عادة عند الاطلاق فصار كما اذا اجلت
المهر كله فانه يجب عليها تسليم نفسها قبل حلوله فكذا بل هذا اولى لانها
تسلمت الدار وهي قائمة مقام المنفعة من وجه على ما بينا وقوله للشارع
جعل المعدوم حقيقة موجودا حكما اي اعتبارا قلنا نعم لكن عند تعذر ذلك فيما
يمكن تقدير وجوده حقيقة لان الشيء انما يقدر حكما اذا كان يمكن تصوره
حقيقة كالنفي المستشهد به فان الحي يتصور موته وكذا بالعكس واما المنافع
فلا يقبل العقد اصلا حتى في حال وجودها على ما بينا فكيف يقدر وجودها
لجواز العقد وليس في وجودها جوازه بل بطلانه على ما بينا على ان ما اعتبره
قلب وما اعتبرناه تعبير فكان اولى على ما بينا **قال** فان غصب منه
سقط الاجر اي لو غصبت العين المستاجرة من يد المستاجر سقط الاجر كله فيما
اذا غصب في جميع المدة وان غصبت في بعضها سقط بحسابها لزوال التمكن
من الانتفاع وهو شرط لوجوب الاجرة لا حقيقة الانتفاع على ما بينا وهل
ينفسخ الاجارة قال صاحب الهداية ينفسخ وقال القاضي فخر الدين في
فتاواه والفضلي لا ينفسخ **قال** ولرب الدار والارض طلب الاجرة كل يوم
وللجمال كل مرحلة وللقصار والخياط بعد الفراغ من عمله والاصل فيه ان
الاجارة معاوضة والملك في المنافع يتنوع ثبوته زمان العقد فكذا
الملك في الاجرة على ما بينا ثم كان ابو حنيفة اولا يقول في الكل لا يجب شيء من
الاجرة حتى يستوفي جميع المعقود عليه المنفعة والعمل وهو قول زفر لان المعقود

عليه جملة المنافع والعمل فلا يتوزع الاجر على اجزائها كالثمن في البيع والرهن
في الدين ثم رجع عن هذا فقال ان وقعت الاجارة على المدة كما في اجارة
الدار والارض وعلى قطع المسافة كما في كراء الدابة يجب الاجر بحصة ما استوفى
من المنافع اذا كان المستوفى اجرة معلومة من غير مشقة ففي الدار يجب
لكل يوم وفي المسافة لكل مرحلة والقياس ان يجب في كل ساعة بحسابه تحقيقا
للمساواة الا انه يفضي الى الحرج لانه لا يعلم حصته الا بمشقة ولا يتفرغ لغيره
فرجع الى ما ذكرنا لان حصته من الاجرة معلومة من غير مشقة وهذا القدر
من المنفعة مقصود فيجب البدل بحصته بخلاف ما اذا وقعت الاجارة على
العمل كالخياطة والقصارة لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب
الاجر بمقابلته حتى يفرغ من العمل فيستحق الكل وكذا اذا عمل في بيت المستأجر
ولم يفرغ من العمل لا يستحق شيئا من الاجرة على ما ذكره صاحب الهداية وصاحب
التجريد وذكر في المبسوط والفوائد الظهيرية والذخيرة ومبسوط
شيخ الاسلام وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان والمرغيناني
انه اذا خاط البعض في بيت المستأجر يجب الاجر له بحسابه حتى اذا سرق الثوب
بعد ما خاط بعضه يستحق الاجر بحسابه واستشهد في الاصل على ذلك بما
لو استأجر انسانا ليبني له حائطا فبنى بعضه ثم انهدم فله اجر ما بنى فهذا
تدل على انه يستحق الاجر ببعض العمل في الكل الا انه يشترط فيه التسليم الى
المستأجر ففي سكنى الدار وقطع المسافة صار مسلما اليه بمجرد تسليم الدار
وقطع المسافة وفي الخياطة ونحوها لا يكون مسلما اليه الا اذا سلمه الى صاحبه
حقيقة فنفرض خياطته في منزل المستأجر يحصل التسليم بمجرد العمل اذ هو في منزله
والمنزل في يده فلا يحتاج فيه الى التسليم الحقيقي فيجب بمجرد العمل ولهذا
في منزله والصرا اذا فرغه في منزله يجب الاجر من غير تسليم اليه وعلى ما ذكره
صاحب الهداية وصاحب التجريد لا يستحق الاجر على البعض الا في سكنى الدار
وقطع المسافة وهو اقرب الى المروي عن ابي حنيفة لانه روي الفرق بينهما
عنه في القول المرجوع اليه على ما ذكرنا وعلى ما ذكروه لا فرق بين الكل
قال والخباز بعد اخراج الخبز من التنور يعني للخباز ان يطالب بالاجر
اذا اخرج الخبز من التنور لانه قد فرغ فيملك المطالبة كالخياط اذا فرغ
من العمل هذا اذا كان يخبز في بيت المستأجر لانه صار مسلما اليه بمجرد الاخراج
من التنور قال فان اخرجه فاحترق فله الاجر ولا ضمان عليه يعني
اذا اخرجه من التنور ثم احترق هذا اذا كان يخبز في منزل المستأجر لانه
بمجرد الاخراج صار مسلما اليه اذ المنزل في يده فيستحق الاجر بوضعه فيه ولا

يجب عليه الضمان اذا هلك بعد ذلك بالاجماع لانه هلك بعد التسليم ولو
احترق قبل ان يخرجه او سقط من يده قبل الاخراج فاحترق لا يستحق الاجر
لهلاكه قبل التسليم ولانه قبل الاخراج لا قيمة له بخلاف ما اذا خاط الثوب
في منزل صاحب الثوب حيث يستحق الاجر بخياطة بعضه وان هلك قبل التسليم
على ما ذكره الجماعة لان ذلك القدر له قيمة وينتفع به فيستحق الاجر بحسابه
وانما لم يضمن لانه هلك بعد التسليم لانه يصير مسلما بالاخراج على ما ذكرنا
وهذا بالاجماع ولو احترق في التنور قبل الاخراج قال في النهاية يضمن لانه
جناية يده وان كان الخباز يخبز في منزل نفسه لا يستحق بالاخراج من التنور الا
المطالبة به لانه لم يصر الخبز بمجرد الاخراج مسلما الى صاحبه لان المنزل ليس
في يده فلا بد من التسليم الحقيقي بخلاف ما اذا خبز في منزل المستأجر على ما
ذكرنا ولو هلك هنا قبل التسليم الى صاحبه لا يستحق الاجر لعدم التسليم الحقيقي
ولا يجب عليه الضمان عند ابي حنيفة وعندهما يجب الضمان لان المتاع عنده
في يد الاجير المشترك امانة وعندهما مضمون ثم اذا ضمنا فالمالك
بالخيار ان شاء ضمنه دقيقا ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمة الخبز واعطاه
الاجر ولا يجب عليه ضمان الحطب والملح لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب
الضمان عليه وحين ما وجب الضمان كان رمادا قال وللطباخ بعد
الغرف اي للطباخ ان يطلب الاجر بعد ما غرف الطبيخ لان الغرف عليه
هذا اذا كان يطبخ للوليمة وان كان يطبخ قدرا خاصة لاهل البيت فليس
عليه الغرف لان العادة لم تجر به والمعتبر هو العادة في موضع لا نص فيه
قال وللبان بعد الاقامة اي استأجره ليضرب له لبنا في ارضه استحق
الاجر اذا اقامه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يستحق حتى يشرجه
لان التشريج من تمام عمله لانه لا يؤمن عليه من الفساد قبله فصار التشريج
كاخراج الخبز من التنور ولانه هو الذي يتولاه عادة والمعتاد كالمشروط
وقولهم استحسان ولابي حنيفة رحمه الله وهو القياس ان العمل قد تم بالاقامة
والانتفاع به ممكن والتشريج عمل زائد عليه كالنقل الى موضع العمارة بخلاف
ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل
الاخراج وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا افسد بالمطر ونحوه بعد ما اقامه
فعنده يجب الاجر وعندهما لا يجب اذا هلك قبل التشريج هذا اذا لبن في
ارض المستأجر لانه يصير مسلما اليه بالاقامة او بالتشريج على اختلاف
الاصلين وان لبن الاجير في ارض نفسه لا يستحق حتى يسلمه وذلك بالعد
بعد الاقامة عنده وعندهما بالعد بعد التشريج وقد ذكرنا نظيره في الخبز

قال ومن لعمله اثر في العين كالصباغ والقصار حبسها للاجر اي يحبس
العين للاجر حتى يستوفيه لان المعقود عليه وصف في المحل فكان له حق
الحبس لاستيفاء البدل كما في البيع وذكر في النهاية ان القصار اذا اظهر عمله
باستعمال النشا كان له حق الحبس وان لم يكن لعمله الا ازالة الدرن اختلفوا
فيه والاصح ان له حق الحبس على كل حال لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله
بمنزلة ان كان هالكا بالاستتار فصار كانه احدثه فيه بالاظهار وعزاه الى الجامع
الصغير لقاضي خان وقال زفر رحمه الله ليس له ان يحبس العين في ما لعمله اثر لان
المعقود عليه صار مسلما الى صاحب العين باتصاله بملكه فسقط حق الحبس
به لان الاتصال بملكه بامره فصار كالقبض من المشتري انه لو امر شخصا
بان يزرع له ارضه حنطة من عنده قرضا فزرعها المأمور صار قابضا باتصاله
بملكه وصار كما اذا اصبغ في بيت المستاجر قلنا اتصال العمل بالمحل ضرورة
اقامة العمل فلم يكن راضيا بهذا الاتصال من حيث انه تسليم بل رضاه في تحقق
عمل الصبغ ونحوه من الاثر في المحل اذ لا وجود للعمل الا به فكان مضطرا اليه
والرضى لا يثبت مع الاضطرار كصاحب العلو اذا بنى السفل لا يكون متبرعا
راضيا به لانه مضطر اليه وليس هذا كصبغه في بيت المستاجر لان العين فيه
في يد المستاجر لقيام يده على المنزل ويمكن العامل ان يتحرز عنه بان يعمل
في منزل نفسه فلم يكن مضطرا اليه فيكون راضيا بالتسليم مع امكان التحرز
عنه فيبطل حقه في الحبس نظيره اذا اسلم المبيع برضاه ليس له ان يسترده
ونظير الاول اذا قبضه المشتري بغير رضاه كان للبائع ان يسترده ونظير
هذا الاختلاف الوكيل بالشرا اذا انقد الثمن من عنده كان له ان يحبس
المبيع عن الموكل حتى يوفي الثمن لانه مضطر في نقده من عنده وعند زفر ليس
له ان يحبس لان يد الوكيل يد الموكل فكان في يده لقبض الوكيل قلنا انه
مضطر في هذا القبض فلا يمكنه التحرز عنه اذ لا يقدر ان يقبض المبيع على
وجه لا يقع في يد الموكل فلا يسقط حقه في الحبس بذلك قال فان حبس
فضاع فلا ضمان عليه لان العين امانة في يده على ما بينا وله ان يحبسها
بالاجر شرعا فلا يكون به متعديا فلا يجب عليه الضمان به ولا يجب له
الاجر لان المعقود عليه هلك قبل التسليم وذلك يوجب سقوط البدل
كالمبيع اذا هلك قبل القبض هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن
العين لانها كانت مضمونة عليه قبل الحبس عندهما فلا يسقط ذلك
الحبس ثم صاحب العين بالخيار ان شاء ضمنه قيمة العين غير معمول فلا اجر
عليه لان العمل لم يصر مسلما اليه وان شاء ضمنه قيمتها معمولا وعليه الاجر

لان المبيع وهو العمل صار مسلما اليه بتسليم بدله اليه قال ومن لا اثر
لعمله كالحمال والملاح لا يحبس للاجر لان المعقود عليه نفس العمل وهو عرض
يفنى ولا يتصور بقاؤه ولا له اثر يقوم مقامه فلا يتصور حبسه بخلاف راده
الآبق فانه يحبسه على الجعل وان لم يكن لعمله اثر لانه كان على شرف الهلاك فاحياه
بالرد فكانه باعه منه ولهذا كان له حق الحبس واختلفوا في غسل الثوب
حسبما اختلفوا في القصارة بلا نشا وقد بيناه من قبل قال ولا يستعمل
غيره ان شرط عمله بنفسه اي ليس للاجير ان يستعمل غيره اذا شرط عليه ان
يعمل بنفسه لان المعقود عليه من العمل في محل معين فلا يقوم غيره مقامه
في الخدمة ولا يستحق به الاجر لانه استيفاء المنفعة بلا عقد لتغيير المعقود
عليه لذلك قال وان اطلق كان له ان يستاجر غيره لان الواجب عليه
عمل في ذمته ويمكنه الايفاء بنفسه وبالاستعانة بغيره كالمأمور بقضاء
الدين وان استاجره ليجيء بعياله فمات بعضهم فجاء بمن بقي فله اجره بحسابه لانه
اوفى بعض المعقود عليه فيستحق الاجر بحسابه قال الفقيه ابو جعفر الهندواني
هذا اذا كان عياله معلومين حتى يكون الاجر مقابلا بجملتهم وان كانوا
غير معلومين يجب الاجر كله وفي النهاية عن الفضلي انه اذا استاجر في المصر
ليحمل الحنطة من القرية فذهب فلم يجد الحنطة فعاد ان كان قال استاجرتك
منك من المصر حتى اذا احمل الحنطة من القرية يجب نصف الاجر بالذهاب وان
قال استاجرتك حتى احمل من القرية لا يجب شيء لان الاجارة كان شرط
الحمل لا غير وفي الاول كان العقد على شيئين على الذهاب الى ذلك الموضع
والحمل منه الى ههنا وقد ذهب اليه فاستوفى بعض المعقود عليه فيجب الاجر
بحصته وعزاه الى الذخيرة وروى هشام عن محمد مثله في السفينة ذكره في المحيط
قال ولا اجر لحامل الكتاب بالجواب ولا لحامل الطعام ان رده للموت معناه
اذا استاجره ليذهب بطعام الى فلان بمكة مثلا او ليذهب بكتابه اليه ويجيء
بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له لانه نقض تسليم المعقود
عليه بالرد فصار كانه لم يفعل فلا يستحق الاجر وقال زفر رحمه الله له الاجر
في الطعام لان الاجر بمقابلة حمل الطعام الى مكة وقد وفى بالمشروط
فاستحق الاجر عليه ثم هو برده عليه ليس بجان فلا يسقط حقه في الاجر بخلاف
نقل الكتاب لان الاجر فيه لا يقابل الحمل لانه لا مؤنة له وقال محمد رحمه الله
له الاجر للذهاب في نقل الكتاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع
المسافة لان الاجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته
بخلاف حمل الطعام لان الاجر فيه مقابل بالحمل دون قطع المسافة لانه في

حمل الطعام مؤنة قلنا الاجر مقابل بالنقل فيهما لانه وسيلة الى المقصود
وهو وضع الطعام هناك وعلم ما في الكتاب فاذا رده فقد نقض المقصود
عليه فلا يستحق الاجر كما اذا نقض الخياط الخياطة بعد الفراغ ولو وجد
غائبا فهو كما لو وجد ميتا لتعذر الوصول اليه ولو ترك الكتاب هناك
ليوصل اليه اوالى ورثته فله الاجر في الذهاب لانه اتى باقصى ما في وسعه
وقال في المحيط بعد ما ذكر هذه المسئلة وكذا لو استاجر رسولا ليبلغ رسالته
الى فلان ببغداد فلم يجد فلانا وعاد فله الاجر لان الاجر بقطع المسافة
لانه في وسعه اما الاسماع فليس في وسعه فلا يبطل الاجر

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قال صح اجارة الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل فيها والقياس
ان لا يجوز حتى يبين ما يعمل فيها لان الدار تصلح للسكنى ولغيرها وكذا الحوانيت
تصلح لاشياء مختلفة فينبغي ان لا يجوز ما لم يبين ما يعمل فيها كاستيجار الارض
للزراعة والثياب للبس وجه الاستحسان ان العمل المتعارف فيها السكنى
ولهذا تسمى مسكنا فينصرف اليها لان المتعارف كالمشروط ولانها لا تختلف
باختلاف العامل والعمل فجاز اجارتها مطلقا بخلاف الارض والثياب
فانهما يختلفان باختلاف المزروع واللابس فلا بد من البيان قال
وله ان يعمل فيها كل شيء لما ذكرنا انها لا تختلف باختلاف العامل والعمل
فجاز له ان يعمل فيها ما شاء عند الاطلاق وله ان يسكن غيره معه او منفردا
لان كثرة السكان لا يضر بها بل يزيد في عمارتها لان خراب المسكن بترك السكنى
وله ان يضع فيها ما بدا له من الحيوان لانه من تمام السكنى وله ان يعمل
فيها ما بدا له من العمل كالوضوء والاغتسال وغسل الثياب وكسر الحطب
لان ذلك كله من توابع السكنى وبه يتم السكنى وذكر في النهاية انه لا يدخل الدواب
في عرفنا لان المنازل ببخارى تضيق عن سكنى الناس فكيف تتسع لادخال
الدواب وانما هذا الجواب بناء على عرفهم في الكوفة قال الا انه لا يسكن
حدادا او قصارا او طحانا لان في نصب الرحى واستعمالها وفي هذه الاعمال
ضررا ظاهرا لانها توهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة والمراد
بالرحى رحى الماء او رحى الثور واما رحى اليد فلا يمنع من نصبها فيها لان هذا
لا يضر بالبناء وهو من توابع السكنى عادة فلا بد منه وعلى هذا الكسر الحطب
المعتاد للطبخ ونحوه لانه لا يوهن البناء وان زاد على العادة بحيث يوهن البناء
فليس له ذلك الا برضا صاحب الدار وعلى هذا ينبغي ان يكون الدق على هذا
التفصيل فان القليل منه لا يستغنى عنه وقد جرت العادة بان يدق اهل

كل

كل دار ثيابهم في منازلهم ولا يوهن ذلك القدر منه البناء فحاصله ان كل ما يوهن
البناء او فيه ضرر ليس له ان يعمل فيها الا باذن صاحبها وكل ما لا ضرر فيه
جاز له بمطلق العقد واستحقه به ولو اقعد الحداد وانهدم البناء بعمله
وجب عليه الضمان لانه متعد فيها ولا اجر عليه لان الضمان والاجر لا
يجتمعان وان لم ينهدم البناء وجب عليه الاجر استحسانا والقياس ان لا يجب
لان هذا العمل غير داخل تحت العقد والحال فيه قبل العقد وبعده سوا
وجه الاستحسان ان المعقود عليه هو السكنى وفي الحدادة واخواتها
السكنى وزيادة فيكون مستوفيا للمعقود عليه فيجب عليه الاجر بشرط
السلامة وهو نظير ما لو استاجر دابة ليحمل عليها عشر مخاتيم فحمل عليها
احد عشر وسلمت الدابة فانه يجب عليه الاجر فكذا هذا ولو اختلف المؤجر
والمستاجر في اشتراط ذلك كان القول للمؤجر لانه لو انكر الاجارة كان القول
له فكذا اذا انكر نوعا من الانتفاع ولو اقاما البينة كانت بينة المستاجر
اولى لانها تثبت الزيادة قال والاراضي للزراعة ان بين ما يزرع
فيها او قال على ان يزرع فيها ما شاء لان منفعة الارض مقصودة وقد جرت
العادة باستيجارها للزراعة من غير نكير فانعقد الاجماع عليها عملا
غير ان ما يزرع فيها متفاوت فمنه ما يفسد الارض ومنه ما يصلحها فلا بد
من بيانه او يقول على ان يزرع ما شاء كيلا يفضي الى المنازعة ولو لم يبين
ما يزرع فيها ولم يقل على ان ازرعها ما شاء فسدت الاجارة للجهالة

ولو زرعها بعد ذلك لا يعود صحيحا في القياس كما اذا اشترى بخمر او خنزير
وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب العقد صحيحا لان المعقود عليه صار
معلوما بالاستعمال لان الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث
المنافع والفساد كان لاجل الجهالة فاذا ارتفعت في وقت الزراعة كما
وصار كأن الجهالة لم تكن فعادت صحيحة ولهذا لو استاجر ثوبا
ولم يبين اللابس ثم البس شخصا عادت صحيحة لما ذكرنا ويستاجر الشرب
والطريق لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما بخلاف البيع
لان المقصود منه ملك الرقبة دون الانتفاع في الحال ولهذا جاز بيع الجحش
والارض السبخة فلا بد خلاف فيه من غير ذكر الحقوق على ما مر في البيوع
قال وللبناء والغرس اي جاز استيجار الارض للبناء وغرس الاشجار
لانها منفعة معلومة تقصد بعقد الاجارة عادة فيصح كما لو استاجرها
للزراعة قال وان مضت المدة قلعهما وسلمها فارغة اي اذا انقضت
مدة الاجارة قلع البناء والغرس وسلم الارض الى المؤجر فارغة لانه يجب عليه

تسليمها الى صاحبها غير مشغولة ببنائه وغرسه وذلك بقلعهما في الحال لانهما
ليس لهما حالة منتظرة ينتهيان اليها وفي تركهما على الدوام باجر او بغير اجر
يتضرر صاحب الارض فيتعين القلع في الحال بخلاف ما اذا استاجرها للزراعة
فانقضت مدة الاجارة والزرع لم يدرك حيث يترك الزرع على حاله الى
ان يستحصد باجر المثل لان له نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين فيه
وبخلاف ما اذا مات احد المتعاقدين في المدة والزرع لم يدرك حيث
يترك بالمسمى على حاله الى ان يستحصد الزرع وان بطلت الاجارة لان للزرع
نهاية على ما بينا فاذا وجب تركه لدفع الضرر كان تركه بالمسمى وابقاؤه
على ما كان اولى اذ لا فائدة في نقض العقد واعادته على ما كان بخلاف
ما اذا غصب ارضا وزرعها حيث يؤمر بالقلع وان كان له نهاية لانه ابتدا
فعله وقع ظلما والظلم يجب اعدامه لا تقريره والمستعير كالمستاجر حتى
اذا رجع المعير قبل ان يستحصد الزرع يترك باجر الى ان يستحصد دفعا للضرر
عنهما ورعاية لحقهما والقياس ان يقلع في الصور كلها لان الارض ملكه
ولا يدوم بغير اذنه كما في البناء والغرس ووجه الاستحسان ما مر والفرق
بين البناء والغرس وبين الزرع قد بيناه قال الا ان يغرم له المؤجر
قيمته مقلوعا وتملكه يعني عند مضي المدة يجب عليه قلع البناء والغرس
على ما بيناه الا ان يغرم له المؤجر قيمة البناء او قيمة الغرس مقلوعا هذا
اذا كانت الارض تنتقص بالقلع لان الواجب دفع الضرر عنها فاذا كانت
ارضه تنتقص بالقلع تضررت فكان له دفع هذا الضرر بدفع القيمة الى
المستاجر وينفرد به لان المستاجر لا يتضرر حينئذ لان الكلام في مستحق القلع
والقيمة تقوم مقامه فان كانت الارض لا تنتقص بالقلع واراد المؤجر
ان يضمن له قيمته ويكون له البناء فليس له ذلك الا برضا صاحبه لتساويهما
في ثبوت الملك وعدم ترجيح احدهما على الاخر فلا بد من اتفاقهما في الترك
بخلاف القلع حيث ينفرد به احدهما في هذه الحالة دون الاخر على ما بينا
في العارية قال او يرضى بتركه ويكون البناء والغرس لهذا والارض لهذا
لان الحق لرب الارض فاذا رضي باستمراره على ما كان باجر وبغير اجر كان له ذلك
قال والرطبة كالشجر لان الرطبة لا نهاية لها كالشجر فتقلع عند
انتهاء مدة الاجارة كما يقلع الشجر قال والزرع يترك باجر المثل الى
ان يدرك اي يترك الزرع باجر المثل اذا انقضت مدة الاجارة قبل ادراكه
لان له نهاية معلومة وقد ذكرناه ونظائره والفرق بينه وبين البناء والغرس
انفا قال والدابة للركوب والحمل والثوب للبس بغير تعيين يجوز استيجار هذه

الاشيا لما بينا ذكره لان منافعها معلومة ومعناه استيجارها كسائر
الاعيان المعهودة قال وان اطلق اركب والبس من شاء والمراد بالاطلاق
ان يقول على ان يركبها من شاء او يلبسه من شاء لانه يختلف باختلاف
الراكب واللابس فلا يجوز الا بالتعيين او بان يشترط ان يفعل ما شاء على
نحو ما ذكرنا في الزراعة اذ كل واحد منهما يختلف فلا فرق بينهما وهذا
لان الركوب والحمل واللبس يختلف كل واحد منها اختلافا فاحشا فلهذا لو
عين له فيها وخالف يضمن اذا هلكت العين ولا اجر له كما في الزراعة وذكر
هذا المعنى في المبسوط وفي الذخيرة وشرح الطحاوي والمغني وذكر التاويل
الذي ذكرناه في الكافي وفي الخلاصة ولو لم يبين ولم يقل ان يفعل فيها ما
شاء فسدت الاجارة للجهالة فلو اركب او ركب هو بنفسه او البس او لبس وجب
عليه المسمى استحسانا وفي القياس عليه اجر المثل لانه استوفى المنفعة
بحكم عقد فاسد ووجه الاستحسان ان المفسد وهو الجهالة التي تفضي الى
المنازعة قد زال فيزول الفساد لانا نجعل التعيين في الانتهاء كالتعيين
في الابتداء ولا ضمان عليه اذا هلكت العين لانه غير متعد لعدم المخالفة
سواء لبس بنفسه او البس غيره بخلاف ما اذا عين له من يلبس او من يركب فالبس
او اركب غيره حيث يضمن لانه صار مخالفا ولو قال على ان يركب او يلبس من شاء
فاركب غيره حيث يضمن لانه صار مخالفا ولو قال او ركب بنفسه ليس له ان يركب
او يلبس غيره لانه تعين مرادا من الاصل فصار كانه نص عليه من الابتداء كذا
في الكافي قال وان قيد براكب ولابس فخالف ضمن لان التقييد مفيد
لتفاوت الناس في الركوب واللبس فيعتبر فاذا خالف صار متعديا فيضمن
قال ومثله ما يختلف بالمستعمل اي يضمن مثله في كل شيء يختلف باختلاف
المستعمل اذا كان متعديا وخالف لما ذكرنا من المعنى قال وفيما لا يختلف
به بطل تقييده كما لو شرط سكنى رجل بعينه في الدار له ان يسكن غيره لان التقييد
لا يفيد لعدم التفاوت وما يضر بالبناء كالحدادة ونحوها خارج بدلالة
العادة على ما مر والفسطاط كالدار عند محمد لانه للسكنى مثل الدار وعند
ابي يوسف هو كاللبس لاختلاف الناس في نصبه وضربه وتاديه واختيار مكانه
قال وان سمى نوعا وقدرا ككر بر له حمل مثله واخف لا اضر كالملح يعني
لو سمى نوعا وقدرا يحمله على الدابة مثل كر بر فله ان يحمل عليها ما هو مثله
او اخف منه في الضرر كالشعير والسمسم وليس له ان يحمل عليها ما هو اضر منه كالملح
لانه اذا رضي بشيء يكون راضيا بما هو مثله او دونه لا بما هو اضر منه
والقياس ان يضمن بالحمل عليها خلاف الجنس كيفما كان لانه يتصرف بالامر



فليس له ان يخالف الآمر ان الوكيل بالبيع بالف درهم لو باع بالف دينار
لا ينفذ بيعه وجه الاستحسان ان التقييد انما يعتبر ان لو كان مفيدا ولا
فايدة في هذه المسئلة في التقييد بكر حنطة ومنع كر من شعير لان الشعير اخف
منه وكان اولى بالجواز حتى لو سمى مقدارا من الحنطة فحمل عليها من الشعير مثل
ذلك بالوزن ضمن لان في التقييد به فايدة لان الشعير ياخذ من ظهر الدابة
اكثر مما ياخذ الحنطة فصار كما لو حمل عليها مثل وزنه تبنا هكذا ذكره في
النهاية وعزاه الى المبسوط ثم قال ذكر شيخ الاسلام في شرحه انه لا يضمن
استحسانا وقال وهو الاصح لان ضرر الشعير في حق الدابة عند استوائهما وزنا
اخف من ضرر الحنطة لانه ياخذ من ظهر الدابة اكثر مما ياخذ الحنطة فيكون
اخف عليها بالانبساط وقال وبه كان يفتي الصدر الشهيد ولو حمل عليها مثل
وزن الحنطة حديدا او ملحا او آجرا يضمن لانه يجتمع في مكان واحد من ظهرها
فيضرها اكثر وكذا يضمن اذا حمل عليها مثل وزن الحنطة قطنا لانه ياخذ من ظهر
الدابة اكثر من الحنطة وفيه حرارة ايضا فكان اضر عليها من الحنطة فصار كما
اذا حمل عليها تبنا او حطبا فحاصله ان الشيئين متى كان في احدهما ضرر فوق
ضرر الآخر من وجه استثنيا من الاذن في احدهما الاذن في الآخر وان كان
هو اخف ضررا من وجه آخر قال وان عطبت بالارداف ضمن النصف ولا
معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل
لعلمه بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فتعلق الحكم
بالعدد كالجناة في باب الجنايات وهذا اذا كانت الدابة تطيق حمل
الاثنين وان كانت لا تطيق ضمن جميع قيمتها ذكره في الكافي قالوا هذا اذا
كان الرديف يستمسك بنفسه وان كان صغيرا لا يقدر على الاستمساك يضمن
بقدر ثقله وقال في النهاية وقوله عطبت بالارداف تقييد به احترازا
عما اذا حمله الراكب على عاتقه فانه يضمن جميع القيمة لان ثقل الراكب
مع الذي حمله على عاتقه يجتمعان في مكان واحد فيكون اشق على الدابة
ذكره في النهاية وقال يضمن جميع القيمة وان كانت الدابة تطيق حملهما
ثم ذكر في المختصر انه يضمن نصف القيمة ولم يذكر كم يجب عليه من الاجر وقال
في النهاية وفي المحيط انه يجب عليه جميع الاجر اذا هلكت بعدما بلغت
مقصده ويضمن نصف القيمة ثم المالك بالخيار ان شاء ضمن الرديف وان شاء ضمن الراكب
فالراكب لا يرجع بما ضمن والرديف يرجع اذا كان مستاجرا والا فلا قال
وبالزيادة على الحمل المسمى ما زاد اي اذا استاجرها ليحمل عليها شيئا مقدرا
فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها هلكت بما هو ماذون

فيه وغير ماذون والسبب الثقل فانقسم عليهما الا اذا كانت الدابة
لا تطيق مثله فيجب عليه جميع قيمتها لعدم الاذن فيه فيكون اصلا كما
اوجب الضمان هنا بحساب الزيادة اذا كانت الدابة تطيق ذلك واذا
حمل عليها جنسا آخر غير المسمى اوجب جميع القيمة وكذا لو استاجر ثورا
ليطحن حنطة مقدرة فزاد لم يجب بحسابه الزيادة بل اوجب عليه جميع
القيمة لان الدابة هلكت بغير الماذون فيه فيهما فيجب عليه جميع القيمة
وفيما اذا زاد عليها من جنس الماذون فيه هلكت بالمجموع فيسقط حصة
الماذون ويجب بقدر ما تعدى حتى لو حملها المسمى وحده ثم حملها الزيادة
وحدها فعطبت يضمن جميع قيمتها لانها هلكت بالزيادة وحدها قال
وبالضرب والكبح اي يضمن بهما اذا هلكت وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا معتادا لان المتعارف يدخل تحت المطلق
فكانت هالكة بالماذون فيه ولابي حنيفة رحمه الله ان الاذن مقيد بشرط
السلامة اذ السوق يتحقق بدونه وانما الضرب للمبالغة فصار كضرب الزوجة
والمرور على الطريق بخلاف ضرب القاضي الحد او التعزير او فصد الفصاد
حيث لا يضمن اذا هلك به لان الحد والتعزير واجب عليه وكذا الفصد
على الفصاد لالتزامه بعقد الاجارة والضمان لا يجب بالواجب وهذا الخلاف
ما اذا ضربها العبد المستاجر حيث يضمن بالاتفاق والعذر لهما انه يؤمر وينهى
لعينه فلا ضرورة الى الضرب وعلى هذا الخلاف المذكور ضرب الاب او الوصي
الصغير اذا لم يجاوز ضرب مثله للتاديب حتى يجب الدية والكفارة عنده
وعندهما لا يجب الدية لان الضرب لاصلاح الصغير فكان معينا به اذ
منفعته عائدة عليه وهو ماجور عليه فصار كضرب المعلم اياه بل اولى
لان المعلم ليس له ولاية الضرب وانما يستفيد منه بخلاف الزوج يضرب امرأته
لانه مطلوب له لمنفعة نفسه فصار كالرمي الى الصيد فيشترط فيه السلامة
ولابي حنيفة ان منفعة الصغير كما لو وافع له يعني المنفعة البعضية منهما الا ترى
ان شهادته له جعلت كشهادته لنفسه ووضع الزكاة فيه كوضعه في نفسه
بخلاف ضرب المعلم باذن الاب لان الاذن بالضرب صح من الاب لما فيه من ولاية
ضربه تاديبا واذا صح كان المعلم معينا للاب اذ لا منفعة للمعلم فيه
ولا ضمان على المعلم ولا ضمان على الاب ايضا فيما ضربه المعلم لان ما ادى
من التاديب لم يقصر منفعته الا اليه لانه يصح لو قدر ما يملك والزايد من المعلم
وهو نظير ما لو رجع شهود الزنا بعدما جرحته السياط لا يضمن الامام لانه
معين ولا يضمن الشهود لان الجرح لم يجب بشهادتهم قال ونزع السرج

والاكاف او الاسراج بما لا يسرج مثله معناه لو اكترى حمارا بسرج فنزع السرج
فاسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمار او اوكفه ضمن جميع قيمته لان الاذن لا يتناول
ما لا يسرج بمثله الحمر ولا خلاف في جنس السرج فيكون متعديا بالاسراج
والايكاف فيضمن جميع قيمته وان اسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر لا يضمن
لان الاذن قد تناوله اذ لا فائدة في التقييد بالمعين الا اذا كان زائدا
في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة بحسابه وقالا الاكاف كالسرج فاذا اوكفه
باكاف كالسرج الذي كان عليه لا يضمن لان مثله توكف الحمر الا اذا كان
زائدا على السرج الذي كان عليه فيضمن الزيادة بحسابه كما في السرج لانه
هو والسرج سوا فاذا رضي بالسرج يكون راضيا بمثله من الاكاف وجوابه
ما ذكرنا ان الجنس مختلف لان الاكاف للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط
احدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط الاخر فصار نظير اختلاف الحنطة والحديد
وقال في النهاية ذكر هذه المسئلة في الاجارات فقال يضمن بقدر ما زاد
وهو قول ابي يوسف ومحمد قال من مشايخنا من قال في هذه المسئلة اختلاف
الروايتين عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى لانه لم يذكر في الجامع الصغير انه
ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن ولم يبين قدر ما يضمن فكان
المطلق محمولا على المقيد ومنهم من قال عن ابي حنيفة روايتان في رواية
الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية هذا الكتاب يضمن جميع القيمة
قال شيخ الاسلام وهو الاصح وتكلموا على معنى قولنا انه يضمن بحسابه
وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة فمنهم من قال انه مقدر بالمساحة حتى
اذا كان السرج ياخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر اربعة اشبار
يضمن بحسابه وقيل يعتبر بالوزن قال وسلوك طريق غير ما عينه
وتفاوتا اي يجب الضمان اذا عين المكاري طريقا وسلك هو غيره وكان
بينهما تفاوت بان كان المسلوك اوعر او ابعد او اخوف بحيث لا يسلك
لان التقييد صحيح لكونه مفيدا فاذا خالف فقد تعدى فيضمن قيمته
ان هلك وان لم يهلك وبلغ فله الاجر استحسانا لارتفاع الخلاف ولا
يلزم اجتماع الاجر والضمان لانهما في حالتين لانه على تقدير السلامة
يجب الاجر وعلى تقدير التلف يجب الضمان والمحظور اجتماعهما في حالة
واحدة ونظيره العبد المحجور عليه اذا اجر نفسه فان تلف في العمل يجب
على المستاجر الضمان وان سلم وجب عليه الاجر وان كان يسلكه الناس
وهلك المتاع فلا ضمان عليه لان الظاهر فيما يسلكه الناس عدم التفاوت
وقال في الكافي والهداية هذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لانه

عند عدم التفاوت لا يصح التقييد لعدم الفائدة اما اذا كان بينهما تفاوت
يضمن لصحة التقييد فجعلاه كالطريق الذي لا يسلكه الناس قال
وحمله في البحر الكل وان بلغ فله الاجر اي يضمن جميع قيمته بحمله في البحر
ان هلك المتاع وان سلم فله الاجر وقوله الكل عائد الى المسائل
التي تقدمت كلها من عند قوله وبالضرب والكبح الى هنا لان الواجب في
جميعها جميع القيمة وانما يضمن فيما اذا حمله في البحر لان التفاوت فيه
فاحش ولهذا ليس للمودع ان يسافر بالوديعة في البحر ولو سلم يجب المسمى
استحسانا لحصول المقصود وارتفاع الخلاف قال وبزرع رطبة واذن
بالبر ما نقص اي اذا اذن له ان يزرع الارض حنطة يجب عليه الضمان
بنقصان الارض بزرع الرطبة لان الرطاب اكثر ضررا بالارض من الحنطة
لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر مع خلاف
الجنس فيجب عليه جميع النقصان بخلاف ما اذا استاجر دابة للركوب او
للحمل فاردف معه غيره او زاد على المحمول على قدر المسمى حيث يجب عليه من الضمان
بحسابه لانها تلفت بما هو ماذون فيه وغير ما ذون فيه فيجب عليه بقدر ما تعدى
وهذا لانه استوفى المشروط وزاد فيجب عليه بسبب الزيادة الضمان
وهنا لا يمكن ان يجعل مستوفيا لمنفعة الارض بقدر زراعة الحنطة ثم زاد
عليه لان الجنس مختلف وانما يعتبر ذلك عند اتحاد الجنس الا ترى انه لو
استاجر دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها صخرة او حديدا مثل وزنه يضمن
كل قيمته لما قلنا وهو نظيره قال ولا اجر اي لا يجب له الاجر لانه لما خالف
صار غاصبا واستوفى المنفعة بالغصب ولا يجب الاجر به وانما يجب بالاستيفا
بعقد الاجارة وبينهما تنافي لانه استحالة ان يكون الشي الواحد ماذونا
فيه وغير ماذون فيه ولهذا لا يجتمع الضمان والاجر وان زرع فيها ما هو اقل
ضررا من الحنطة لا يجب عليه ضمان ويجب عليه الاجر لانه خلاف الى خير فلا
يصير به غاصبا قال وبخياطة قبا وامر بقميص له قيمة ثوبه وله اخذ
القبا ودفع اجر مثله معناه انه اذا امره ان يخيط له ثوبه قميصا يجب عليه
الضمان اذا خاطه قبا وان شا اخذ القبا ودفع له اجر مثله قيل اراد بالقبا
القرطق وهو الذي يلبسه الاتراك مكان القميص هو ذو طاق واحد
وقال ظهير الدين القميص اذا قد من قبل كان قبا طاق وقبا طاقا اذا خيط
جانباه كان قميصا وهو المراد بالقرطق لانه يستعمل استعمال القميص
والقبا فيثبت له الخيار وفي غيره لا يثبت له الخيار بل يضمنه القيمة ضمانا
وقيل الجواب يجري على اطلاقه في كل واطلاقه يدل على ذلك ووجهه

ان القبا والقميص متقاربان في المنفعة واحدهما واحد ونم الكم والذيل
والدخريص وعن ابي حنيفة انه لا خيار لرب الثوب في الاكل بل يضمنه قيمة
الثوب رواه الحسن عنه لان القبا جنس اخر غير جنس القميص فصار مخالفا من كل
وجه فيبقى غاصبا محضا ووجه الظاهر انه قميص من وجه لانه يمكنه شده
والانتفاع به انتفاع القميص فصار موافقا من هذا الوجه وهو مخالف
من حيث التقطيع والغالب فيميل الى ايهما شاء فان مال الى الخلاف ضمنه
قيمته وصار الثوب للخياط وان مال الى الوفاق ياخذ القبا ويعطيه
اجر مثله لا يجاوز به المسمى لان صاحب الثوب لم يرض بالمسمى الا مقابلا بخياطة
القميص فاذا خالف فات رضاه فلا يجب عليه المسمى والخياطة لم يخطه مجانا
فيجب عليه اجر مثله لا يجاوز به المسمى لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد او شبهه
وليس فيما زاد على المسمى عقد ولا شبهته فلا يتقوم ولا يجب ولهذا المعنى
قلنا لو خاطه قميصا مخالفا لما وصفه يجب عليه اجر المثل ولا يجاوز به المسمى
ولو خاطه سراويل وقد امره بالقبا ضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة
والهيئة وقيل يخير وهو الاصح لوجود الاتحاد في اصل المنفعة من حيث الستر
ودفع الحر والبرد ولوجود المخالفة في نفس الخياطة فصار كما اذا دفع الى رجل
نحاسا فامره بان يضرب له كوزا من او الى فضرب له خلافه فانه يخير فكذا
هذا

باب الاجارة الفاسدة

قال رحمه الله تفسد الاجارة بالشروط لانها بمنزلة البيع الا ترى انها
تقال وتفسخ فتفسدها الشروط التي لا يقتضيها العقد كالبيع وهذا
لان المنافع بالعقد يكون لها قيمة وتضربه مما لا تعتبر الاجارة بالمعاوضة
المالية دون ما سواها من النكاح والخلع والصلح عن دم العمد واشباههما
قال وله اجر مثله لا يجاوز به المسمى هذا اذا لم يكن الفساد بجهالة
المسمى او لعدم التسمية وكذا ان كان بعضه معلوما وبعضه غير معلوم
مثل ان يسمي دابة او ثوبا او استاجر الدار او الحمام بكل اجرة معلومة بشرط
ان يرمها او يرمهما وقالوا اذا استاجر دارا على ان لا يسكنها المستاجر
فسدت الاجارة ويجب عليه ان سكنها اجر المثل بالغا ما بلغ وقال زفر
والشافعي يجب اجر المثل بالغا ما بلغ في الكل لان المنافع متقومة عندهما
فتجب القيمة بالغة ما بلغت عند تعذر ايجاب المسمى كما في بيع الاعيان وكما
اذا كان الفساد لجهالة الاجر او لعدم التسمية حيث يجب اجر المثل بالغا
ما بلغ وكذا اذا كان بعضه معلوما وبعضه غير معلوم مثل ان يسمي دابة
او دارا او استاجر الدار او الحمام ولنا ان المنافع غير متقومة بنفسها لان

التقوم يستدعي سابقة الاحراز وما لا بقاء له لا يمكن احرازه فلا يتقوم وانما
تقومت بالعقد شرعا للضرورة لمكان الحاجة اليها واذا فسدت الاجارة وجب
ان لا تجب الاجرة لعدم العقد والضرورة لان الصحيح منها كاف فلا حاجة
الى الفاسد منها الا ان الفاسد من كل عقد ملحق بصحيحه لكونه تبعا له وكانت
الضرورة باقية من وجه لان كل احد لا يهتدي الى الصحيح فمست الحاجة الى
الحاقها به فيكون لها قيمة في قدر ما وجد فيه شبهة العقد وهو قدر المسمى
فيجب في المسمى بالغا ما بلغ وفيما زاد على المسمى لم يوجد فيه عقد ولا شبهته
فلا يتقوم ويبقى على الاصل بخلاف البيع لانه متقوم بنفسه فيجب قيمته
بالغة ما بلغت ولا نهاية لمجهول ولا يعتبر المسمى فيجب بالغا ما بلغ قال
وان اجر دارا كل شهر بدرهم صح في شهر فقط الا ان يسمي الكل لان كلمة كل اذا
دخلت على مجهول وافراده معلومة انصرفت الى الواحد لكونه معلوما وفسد
في الباقي للجهالة كما اذا باع صبرة من طعام كل قفيز بدرهم فانه يجوز في قفيز
واحد فكذا هذا وهذا عند ابي حنيفة ظاهر لانه سوى بين الناس وبينها وانما
في الشهور واجاز العقد في الكل في الصبرة والفرق لهما ان الشهور لا نهاية
لها فلا يمكن رفع الجهالة فيها والصبرة متناهية فترتفع الجهالة بالكيل
فلهذا اجازاه في الكل ولا معنى لقول من قال من المشايخ ان العقد صحيح في
الشهر الثاني والثالث لتعامل الناس لان التعامل اذا كان مخالفا للدليل
لا يعتبر ثم اذا تم الشهر كان لكل واحد منهما نقض الاجارة لانتهاء العقد
الصحيح بشرط ان يكون الاخر حاضرا وان كان غائبا لا يجوز بالاجماع وقيل
لا يجوز عندهما الا بحضرة الاخر وعند ابي يوسف يجوز كانه بنى على الفسخ بشرط
شرط الخيار وقد بيناه في البيوع وبتسمية جملة الشهور تصير المدة
معلومة فتصح قال وكل شهر سكن اوله ساعة صح فيه لانه صار معلوما
فتم العقد فيه بتراضيهما فلا يكون لاحدهما الامتناع عن المضي وهذا قول
بعض المشايخ ونحو القياس وفي ظاهر الرواية لكل واحد منهما الخيار في الليلة
الاولى من الشهر ويومها وبه يفتى لان في اعتبار الساعة حرجا عظيما والمقصود
هو الفسخ في راس الشهر وهو عبارة عن الليلة الاولى ويومها عرفا الا
ترى الى ما ذكره محمد في كتاب الايمان فيمن حلف ليقضين دين فلان راس الشهر
فقضاه في الليلة التي يهل فيها الهلال او في يومها لم يحنث استحسانا
ولو فسخ في اثنا الشهر لا ينفسخ وقيل ينفسخ به اذا خرج الشهر لانه امكن توقيفه
الى وقت يملك فيه الفسخ وبه كان يقول محمد ابو نصر بن يحيى بن سلام ولو قال
في اثنا الشهر فسخت راس الشهر ينفسخ اذا اهل الشهر بلا شبهة فيكون فسخا

مضافا الى رأس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه ولو قدم اجرة
شهرين او ثلاثة وقبض الاجرة فلا يكون لواحد منهما الفسخ في قدر المعجل اجرته
لانه بالتقدم زالت الجهالة في ذلك فيكون كالمسمى في العقد قال وان
استأجر سنة صح وان لم يسم اجرة كل شهر يعني بعد ما سمى الاجرة جملة لان المنفعة
صارت معلومة ببيان المدة والاجرة معلومة فيصح وان لم يبين قسط
كل شهر كما اذا استأجر شهرا ولم يبين حصة كل يوم فاذا صح وجب ان يقسم الاجرة
على الاشهر على السواء ولا يعتبر تفاوت الاسعار باختلاف الزمان قال
وابتداء المدة وقت العقد يعني ابتداء مدة الاجارة من وقت العقد لان
الاوقات كلها سواء في حكم الاجارة وفي مثله يتعين الزمان الذي يلي العقد
كما في اجال اليمين ان لا يكلم فلانا شهرا لانه لو لم يتعين عقيبه لصار
منكرا مجهولا وبه تبطل الاجارة والظاهر من حاله ان يقصد الصحيح فتعين
عقيب العقد بخلاف الصوم حيث لا يتعين ابتداؤه عقيب اليمين ولا
عقيب النذر لان الاوقات في حقه ليست بسواء فانه لا يجوز في الليل ولا يصير
شارعا فيه الا بالعزيمة فلا يتعين عقيب السبب هذا اذا كان العقد مطلقا
من غير تعيين المدة فان بين المدة تعين ذلك وهو ظاهر قال فاذا كان
حين يهل يعتبر الاهلة والا فبالايام يعني اذا وقع عقد الاجارة حين يهل
الشهر او كان اولها بالتعيين كذلك يعتبر شهور المدة بالاهلة وان كان
اولها بعد ما مضى شيء من الشهر يعتبر الشهور بالعدد وهو ان يعتبر كل شهر ثلاثون
يوما وهذا عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف وقال محمد اذا كان ابتداؤها
في اثناء الشهر يعتبر الاول بالايام ويكمل من الاخير ويعتبر الباقي بالاهلة
وهو رواية عن ابي يوسف لان الاهلة هي الاصل في الشهور قال الله تعالى
يسألونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والايام بدل عن الاهلة الا
ترى الى قوله عليه السلام صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم
الهلال فاكملوا عدة شعبان ثلاثين يوما ولا يصار الى البدل الا عند
تعذر الاصل والا تعذر الا في الشهر الواحد وهو الاول وقد امكن تكميله من
الاخر فكمل وبقي غيره على الاصل وله انه لما تعذر اعتبار الشهر الاول بالهلال
تعذر اعتبار الباقي ايضا بالاهلة لان الشهر الاول يجب تكميله مما يليه
والا لزم ان يكون الثاني والثالث وجميع الاشهر التي بعده قبل الاول
وهو محال فاذا كمل من الثاني انتقص الاخر فوجب تكميله من الذي يليه وكذا
كل شهر الى اخر المدة فوجب اعتباره بالايام ضرورة ونظيره العدة وقد بيناه
في الطلاق قال وصح اخذ اجرة الحمام لما روي انه عليه السلام دخل

الحمام

الحمام في الجحفة ولتعارف الناس وقال عليه السلام ما رآه المؤمنون حسنا
فهو عند الله حسن ومن العلماء من كره الحمام لما روي عن عمارة بن عقبة انه قال قدمت
على عثمان بن عفان فسألني عن مالي فاخبرته ان لي غلمانا وحماما له غلة فكره
لي غلة الحجامين وغلة الحمام وقالوا انه بيت الشيطان فسماه رسول الله صلى
الله عليه وسلم شر بيت فانه تكشف فيه العورات وتصب فيه الغسالات
والنجاسات ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء فقالوا يكره اتخاذ
حمام النساء لانهن ممنوعات من الخروج وقد امرن بالقرار في البيوت واجتماعهن
قلما يخلو عن الفتنة وقد روي ان نساء دخلن على عائشة رضي الله عنها
فقالت امن من اللاتي تدخلن الحمامات فامرت باخراجهن والصحيح انه لا بأس
ببناء الحمامات للرجال والنساء جميعا للحاجة اليه لان النساء يحتجن اليه
للاغتسال مثل الرجال بل حاجتهن اكثر لكثرة اسباب الاغتسال في حقهن
من الحيض والنفاس والجنابة واستعمال الماء البارد قد يضر وقد لا يتمكن
من الاستيعاب به وازالة الوسخ مقصود وذلك يحصل بدخول الحمام
وكراهة عثمان وعائشة رضي الله عنهما محمول على انه الا كان يؤدي الى كشف
العورة قال والحجام اي جاز اخذ اجرة الحجامة لما روي انه عليه
السلام احتجم واعطى اجرته ولانه جرى التعارف بين الناس من لدن النبي
عليه السلام الى يومنا هذا فانعقد اجماعا عملنا وقالت الظاهرية لا يحل
لما روي انه عليه السلام نهى عن عسب التيس وكسب الحجام وقفيز الطحان
قلنا هذا الحديث منسوخ لما روي انه عليه السلام قال له رجل ان لي
عيالا وغلاما حجاما افاطعم عيالي من كسبه قال نعم قال لا اجرة عسب
التيس اي لا يجوز اخذ اجرة عسب التيس لقوله عليه السلام ان من السحت
عسب التيس ومهر البغي وكسب الحجام ولانه عمل لا يقدر عليه وهو الاحبال
فلا يجوز اخذ الاجر عليه ولانه اخذ المال بمقابلة الماء وهو نجس مهين
لا قيمة له فلا يجوز اخذ الاجر عليه قال والاذان والحج والاقامة
وتعليم القرآن والفقه يعني لا يجوز اخذ الاجر على هذه الاشياء وقال الشافعي
يجوز في كل ما لا يتعين على الاجير لانه استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه
فيجوز وكونه عبادة لا ينافي ذلك الا ترى انه يجوز الاستيجار على بناء المسجد
واداء الزكوة وكتابة المصحف والفقه ولنا قوله عليه السلام اقرأوا
القرآن ولا تأكلوا به وعهد عليه السلام الى عثمان بن ابي العاص وان
اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى وقعت كانت
للعامل فلا يجوز له ان يأخذ الاجر على عمل وقع له كما في الصوم والصلاة

ولان التعليم مما لا يقدر عليه المعلم الا بمعنى من جهة المتعلم فيكون ملتزما ما لا
يقدر على تسليمه فلا يجوز بخلاف بناء المسجد واداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه
فانه يقدر عليها الاجير وكذا الاجر يكون للاذان لوقوع الفعل عنه نيابة
ولهذا لا يشترط اهلية المأمور فيها بل اهلية الآمر حتى جاز ان يستأجر الكافر
فيهما ولا يجوز فيما نحن فيه والاصل فيه ان كل شيء جاز ان يستأجر الكافر عليه
جاز ان يستأجر المسلم وما لا فلا **قال** والفتوى اليوم على جواز الاستئجار
لتعليم القرآن وهو مذهب المتأخرين من مشايخ بلخ استحسنوا ذلك وقالوا
بنى اصحابنا المتقدمون الجواب على ما شاهدوا من قلة الحفاظ ورغبة الناس
فيهم وكان لهم عطيات في بيت المال وافتقاد من المتعلمين في مجازاة الاحسان
بالاحسان من غير شرط مروءة يعينونهم على معايشهم ومعادهم وكانوا يفتون
بوجوب التعليم خوفا من ذهاب القرآن وتحريضا على التعليم حتى ينهضوا لاقامة
الواجب فيكثر حفاظ القرآن واما اليوم فذهب ذلك كله واشتغل الحفاظ
بمعاشهم وقل من يعلم حسبة ولا يتفرغون له ايضا فان حاجتهم تمنعهم من ذلك
فلو لم يفتح لهم باب التعليم بالاجر لذهب القرآن فافتوا بالجواز لذلك ورأوه
حسنا وقالوا الاحكام قد تختلف باختلاف الزمان الا ترى ان النساء كن
يخرجن الى الجماعات في زمان النبي صلى الله عليه وسلم وفي زمان ابي بكر رضي
الله عنه حتى منعهن عمر رضي الله عنه واستقر الامر عليه وكان ذلك هو الصواب
وكان الامام ابو بكر محمد بن الفضل يقول يجب الاجر ويحبس عليها وقال في النهاية
يفتى بجواز الاستئجار على تعلم الفقه ايضا في زماننا ثم قال وفي روضة
الزندويستي كان شيخنا ابو محمد ابو عبد الله الجرجاني يقول في زماننا يجوز
للامام والمؤذن والمعلم اخذ الاجر قال كذا في الذخيرة ولا يجوز استئجار
المصحف وكتب الفقه لعدم التعارف **قال** ولا يجوز على الغناء والنوح
والملاهي لان المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد فلا يجب عليه الاجر
من غير ان يستحق هو على الاجير شيئا اذ المبادلة لا تكون الا باستحقاق
كل واحد منهما على الآخر ولو استحق عليه المعصية لكان ذلك مضافا الى
الشارع من حيث انه شرع عقدا موجبا للمعصية تعالى الله عن ذلك علوا
كبيرا ولان الاجير والمستأجر شريكان في منفعة ذلك في الدنيا فتكون
الاجارة واقعة على عمل هو فيه شريك ذكره في النهاية معزيا الى الذخيرة
وان اعطاه الاجر وقبضه لا يحل له ويجب عليه رده على صاحبه وفي المحيط
في كتاب الاستحسان اذا اخذ المال من غير شرط يباح له لانه اعطاه المال عن
طوع من غير عقد ولو استأجر من له القصاص رجلا ليقتل له فلا اجر له

خلافا

خلافا لمحمد ولو استأجر القاضي رجلا ليقوم في مجلس القضاء ويقيم الحدود
جاز ولو استأجر للحدود والقصاص لم يجز ولو استأجر لاستيفاء القصاص
فيما دون النفس جاز **قال** وفسد اجارة المشاع الا من الشريك وهذا
عند ابي حنيفة وعندهما يجوز ببيان نصيبه وان لم يبين نصيبه لا يجوز
وفي الصحيح لما ان المشاع منفعة وتسليمه ممكن بالتخلية او بالتهايؤ ولهذا
يجب اجر المثل عنده فصار كما اذا اجر من شريكه او من رجلين وكالشيوع
الطارئ بان مات احد المستأجرين وكالعارية وهي اقرب اليها لانها تمليك
للانتفاع بها الا انها بلا عوض فلو لم يمكن الانتفاع به لما جازت العارية فاذا
جازت اعارته فاولى ان يجوز اجارته لان تأثير المشاع في منع التبرع اقوى
من تأثيره في منع المعاوضة الا ترى ان هبة المشاع لا يجوز وبيعه يجوز ولابي
حنيفة ان المقصود من الاجارة الانتفاع والانتفاع بالمشاع لا يمكن ولا يتصور
تسليمه بخلاف البيع لان المقصود فيه الملك وهو امر حكمي فامكن فيه فيجوز
والانتفاع به حسي فلا يكون بالمشاع الا ترى انه يجوز بيع الجحش دون اجارته
لما قلنا والتخلية اعتبرت تسليما في محل يتمكن وفي المشاع لا يتمكن من الانتفاع
ولا من القبض فكيف يجعل تسليما ولا معتبر بالتهايؤ لانه يستحق حكما للملك في المنفعة
قبضا واليه عند الحاجة الى القسمة بعد الملك لان حكم العقد يعقبه
والقدرة على التسليم شرط لجواز العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يتصور ان
يكون شرطا لثبوت كونه حكما فيفسد بخلاف ما اذا اجر من شريكه لانه لا شيوع
في حقه اذ الكل في يده غير ان النصف بحكم الملك والنصف الآخر بحكم
الاجارة ولا معتبر باختلاف السبب عند اتحاد الحاجة على انه روي عنه انه
روي عنه انه لا يجوز لان استيفاء المنفعة التي تناولها العقد لا يتأتى الا
بغيرها وهي منفعة نصيبه وذلك مفسد للعقد كمن استأجر احد زوجي المقراض
لقرض الثياب وبخلاف ما اذا اجر من رجلين لان العقد اضيف الى الكل ولا
شيوع فيه وانما الشيوع يظهر حكما للتفرق في الملك فيما بينهما وهو طارئ
وكذا اذا مات احد المستأجرين انفسخ العقد في نصيب الميت وبقي في
نصيب الحي شائعا وهو طارئ فلا يضر كالشيوع الطارئ في الهبة وهذا
لان الشيوع انما كان مفسدا لكونه مانعا من المقصود او حاجة اليه بعد القبض
والعارية ليست بلازمة فلا يجب تسليمه وعند التسليم جاز الانتفاع بجميعه
لوجود اذنه في ذلك فصار ذلك كله عارية فلا شيوع والحيلة في اجارة
المشاع ان يستأجر الكل ثم يفسخ في النصف فانه يجوز لان الشيوع الطارئ
لا يفسد كما في الهبة او يحكم الحاكم بجوازه وفي المغني الفتوى في اجارة المشاع

ان يستاجر الكل ثم ينفسخ في النصف فانه يجوز بلا خلاف والشيوع الطارئ لا يفسد كما في
الهبة او بحكم الحاكم بجوازه وفي المغني الفتوى في اجارة المشاع على قولهما ٥
قال ويجوز استئجار الظئر باجرة معلومة والقياس ان لا يجوز لانها ترد على
استهلاك العين وهو اللبن فصار كاستئجار البقرة او الشاة ليشرب لبنها
او البستان لياكل ثمره وجه الاستحسان قوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن
اجورهن وعليه اجماع الامة وقد جرى التعامل به في الاعصار من غير نكير ثم قيل
ان العقد يرد على العين بل على المنفعة وهو حضانة الصبي وتعهده وتربيتها
وترسنه وخدمته واللبن تابع وانما لا يستحق الاجر اذا ارضعته بلبن الشاة
لانها لم تات بالواجب وهو الارضاع وتعهده بدونها والعين قد يدخل تبعا للمنفعة
كما لو استاجر صباغا ليصبغ له الثوب فانه يجوز ويدخل الصبغ فيه تبعا والعقد
وارد على المنفعة وهو فعل الصباغة لا على استهلاك العين بخلاف استئجار
البقرة والشاة ليشرب لبنها لان فيه عقد الاجارة ورد على العين مقصودا
فافترقا وقيل العقد يرد على اللبن لانه المقصود لقيام مصالح الصبي به
وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به هكذا رواه ابن سماعة
عن محمد فانه قال استحقاق لبن الادمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز
بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة
ولهذا لو ارضعته بلبن الشاة في المدة لا تستحق الاجر والى هذا القول
مال شمس الائمة وقال هو الاصح والاول اشبه بالفقه واقرب اليه وقال
في الكافي وهو الصحيح وقد ذكرنا الجواب عما اذا ارضعته بلبن الانعام قال
ويجوز بطعامها وكسوتها وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز وهو قول الشافعي
وهو القياس لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استاجرها بهما للطبخ والخبز
وله ان الجهالة هنا لا تفضي الى المنازعة لان العادة جرت بالتوسعة
على الاظآر شفقة على الاولاد ولا يناقشها بل يعطيها ما طلبت وتوافقها
على مرادها والجهالة اذا لم تفض الى المنازعة لا تمنع الصحة كبيع قفيز
من صبرة طعام بخلاف الطبخ والخبز وغير ذلك لان الجهالة فيهما تفضي
الى المنازعة لجريان المماكسة والمضايقة فيهما وفي المحيط لو شرط طعامها
وكسوتها عند ستة اشهر وشرطت دراهم مسماه عند الطعام ولم تصف
شيئا من ذلك جاز استحسانا من غير بيان عند ابي حنيفة والمعنى ما بيناه وفي
الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها
جاز اي بالاجماع وقالوا معنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع
الطعام مكان الدراهم فيكون معناه على هذا التقدير ان يسمي بدل الطعام

دراهم على حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه لكن لا يفهم منه انه جعل
بدل الدراهم طعاما وانما يفهم منه انه سمى بدل الطعام دراهم لا غير ولو
سمى الطعام وبين قدره ووصفه جاز بالاجماع لزوال الجهالة ولا يشترط
تاجيله لان المقدرات الموصوفة في الذمة اثمان ولا يشترط في الثمن ان
يكون مؤجلا بل يجوز حالا او مؤجلا ويشترط بيان مكان الايفاء عند ابي
حنيفة خلافا لهما وقد بيناه في السلم وفي الكسوة يشترط بيان الاجل
ايضا مع بيان الجنس والقدر لانها لا تثبت موصوفا في الذمة الا سلما فيشترط
فيها شرائط السلم قال ولا يمنع الزوج من وطئها لانه حقه فلا يتمكن
المستاجر من ابطاله ولهذا كان للزوج ان يفسخ الاجارة اذا لم يكن يعلم
بها سواء كان يشينه اجارتها بان كان وجيها بين الناس او لم يشينه في الاصح
لان له ان يمنعها من الخروج وان يمنع الصبي من الدخول عليها ولان
الارضاع والسهر بالليل يضعفها ويذهب جمالها فكان له المنع منه كما يمنعها
من الصيام تطوعا لكن اذا ثبتت الزوجية باقرارهما ليس له ان يفسخ الاجارة
لانهما يصدقان في حق المستاجر كما اذا اقرت المنكوحة المجهولة بالرق لانسان
تصير رقيقا ولا يصدق في حق بطلان النكاح ولكن للمستاجر منع زوجها من
دخول بيته لان المنزل له قال وان مرضت او حبلت فسخت اي اذا
حبلت الموضعة او مرضت تفسخ الاجارة لان لبن الحبلى والمريضة يضر
بالصغير وهي ايضا تتضرر بالارضاع فكان لها وله الخيار دفعا للضرر عنها
وعن الصبي وهذا لان هذه اجارة والاجارة تفسخ بالاعذار وكذا لو
تقيأ لبنها لان اهله الفسخ لان ذلك يضرها الصبي وكذا اذا كانت سارقة
لانهم يخافون على متاعهم وعلى حلي الصبي وكذا اذا كانت فاجرة بان فجورها
لانها تشتغل عنه بالفجور بخلاف ما اذا كانت كافرة لان كفرها في اعتقادها
ولا يضر ذلك بالصبي وقال في النهاية ولا يبعد ان يقال عسى الفجور في
هذا فوق عيب الكفر الا ترى انه كان في نساء بعض الرسل كافرة كامرأتي نوح وامرأة
لوط عليهما السلام وما بغت امرأة نبي قط هكذا قال عليه السلام وكذا اذا
كان الصبي لا ياخذ ثديها كان لهم ان يفسخوا الاجارة وللظئر ايضا ان تفسخ
الاجارة اذا كان يحصل لها الاذى منهم وكذا اذا لم يكن لها عادة بارضاع
ولد غيرها لانها بما لا تعرف عند ابتداء العقد ما تبتلى به من المقاساة والتعب
فاذا جربت ذلك وعرفت انها تتضرر به كان لها الفسخ وكذا اذا عيروها به
كان لها الفسخ لانها تتضرر به على ما قيل تجوع الحرة ولا تاكل بثدييها ولو مات
الصبي او الظئر انتقضت الاجارة ولو مات ابو الصبي لا تنتقض الاجارة

وانفعة للصبي لا للاب سواء كان له مال او لم يكن ولهذا لو كان للصبي
مال يجب الاجر من ماله اذ هي كالنفقة ولو سافرت الظئر او اهل الصبي
تفسخ الاجارة لانه عذر لا اذا اخرج الاجر منه قال وعليها اصلاح
طعام الصبي لان خدمة الصبي واجب عليها وهذا منه عرفا وهو معتبر فيما
لا نص فيه وغسل ثيابه منه والطعام او الثياب على الوالد وما ذكره محمد من ان
الدهن والريحان على الظئر فهو عادة اهل الكوفة قال وان ارضعته بلبن
شاة فلا اجر لها لانها لم تات بالعمل الواجب عليها وهو الارضاع وهذا ايجار وليس
بارضاع وهو غير ما وقع عليه عقد الاجارة وفي المحيط لو استاجر شاة لترضع
جديا او صبيا لا يجوز لان اللبن للبهائم قيمة فوقعت الاجارة عليه وهو
مجهول فلا يجوز وليس للبن المراة قيمة فلا تقع الاجارة عليه وانما تقع
على فعل الارضاع والتربية والحضانة قال ولو دفع غزلا لينسجه بنصفه
او استاجر ليحمل طعاما بقفيز منه او ليخبز له كذا اليوم بدرهم لم يجز لانه
في الاولى والثانية جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان
وقد نهى عنه عليه السلام وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من
دقيقه فصار هذا اصلا يعرف به فساد جنسه والمعنى فيه ان المستاجر عاجز
عن تسليم الاجر لانه بعض ما يخرج من عمل الاجير والقدرة على التسليم شرط
لصحة العقد وهو لا يقدر بنفسه وانما يقدر بغيره فلا يعد قادرا ففسد
ولانه جعل الاجر شيئا لا يمكن تسليمه الا بعمل الاجير العمل الذي يجب عليه
بحكم العقد فتكون القدرة التي هي شرط العقد قائمة بحكم العقد فيصير
بمنزلة حكم العقد والشرط لا يصلح حكما فكذا لا يصلح قائما به فاذا نسج او حمل
فله اجر مثله لا يجاوز به المسمى بخلاف ما اذا استاجره ليحمل له نصف هذا الطعام
بالنصف الاخر حيث لا يجب له شيء من الاجر لان الاجير فيه ملك النصف في الحال
بالتعجيل فصار الطعام مشتركا بينهما في الحال ومن حمل طعاما مشتركا
بينه وبين غيره لا يستحق الاجر لانه لا يعمل شيئا لشريكه الا ويقع بعضه
لنفسه فلا يستحق الاجر هكذا قالوا وفيه اشكالان احدهما ان الاجارة
فاسدة والاجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كان عينا او دينا
على ما بيناه من قبل فكيف ملكه هنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل
والثاني انه قال ملكه في الحال وقوله لا يستحق الاجر ينافي الملك لانه
لا يملكه اذ ملكه الا بطريق الاجرة فاذا لم يستحق شيئا فكيف ملكه وباي
سبب ملكه وكان مشايخ بلخ والنسفي يجيزون حمل الطعام ببعض المحمول ونسج
الثوب ببعض المنسوج لتعامل اهل بلادهم بذلك وقالوا لو لم يجوزه انما لم

يجوزه بالقياس على قفيز الطحان والقياس يترك بالتعامل ولئن قلنا ان
النص يتناوله دلالة فالنص يخص بالتعامل الا ترى ان الاستصناع ترك
القياس فيه وخص عن القواعد الشرعية بالتعامل ومشايخنا رحمهم الله لم
يجوزوا هذا التخصيص لان ذلك تعامل اهل بلدة واحدة وبه لا يخص الاثر
بخلاف الاستصناع فان التعامل به جرى في كل البلاد وبمثله يترك القياس
ويخص الاثر وما الحيلة في ذلك جوازه ان يشترط قفيزا مطلقا من غير ان
يشترط انه من المحمول او من المطحون فيجب في ذمة المستاجر ثم يعطيه منه
ثم الاصل فيه انه متى ما جعل المستاجر المحمول كله لنفسه وشرط له الاجر من المحمول
تفسد الاجارة فاذا عمل الاجير استحق اجر المثل كمسئلة الكتاب المذكورة
ومتى ما جعل المحمول بعضه له والبعض الباقي اجرة بطلت الاجارة وان حمل
لا يستحق شيئا لانه ملكه بالعقد وفي الاول لم يملكه على ما بينا وفي الثالث
وهو ما اذا استاجره ليخبز له كذا اليوم بدرهم فلان المعقود عليه مجهول
لان ذكر الوقت يوجب كون المعقود عليه هي المنفعة وذكر العمل بقدر
الدقيق يوجب كون العمل هو المعقود عليه ولا ترجيح لاحدهما على الاخر
ونفع المستاجر في وقوعها على العمل لانه لا يستحق الاجر الا بالعمل لكونه اجيرا
مشتركا ونفع الاجير في وقوعها على المنفعة لانه يستحق الاجر بمضي المدة
عمل او لم يعمل فيفسد العقد وهذا عند ابي حنيفة وقالا الاجارة جائزة
ذكر قولهما في كتاب الاجارة من المبسوط ولم يذكره في الجامع الصغير ويكون
العقد على العمل دون اليوم حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا
وان لم يفرغه في اليوم فعليه ان يعمله في الغد لان المعقود عليه هو العمل
لانه المقصود وهو معلوم وذكر اليوم للتعجيل فكانه استاجره للعمل على
ان يفرغ منه في اول اوقات الامكان فيحمل عليه تصحيحا للعقد عند تعذر
الجمع بينهما ورجح بكون العمل مقصودا دون الوقت وتقدير المعمول يدل عليه
لان الاجارة اذا وقعت على المنفعة لا تقدر بالعمل وانما تقدر بالوقت وعن
ابي حنيفة انه اذا سمى عملا وقال في اليوم جازت الاجارة لان كلمة في للظرف
لا لتقدير المدة فلا تقتضي الاستغراق فكان المعقود عليه العمل وهو معلوم
بخلاف ما اذا حذف فانه يقتضي الاستغراق وقد مر نظيره في الطلاق في قوله
انت طالق غدا او في الغد ولو استاجره ليخبز له كذا من الدقيق على ان يفرغ
منه اليوم يجوز بالاجماع والفرق لابي حنيفة ان اليوم هنا لم يذكره الا اثبات
صفة في العمل والصفة تابعة لموصوف غير مقصود بالعقد الا ترى انه لو اشترى
عبدا على انه خباز او كاتب لم يكن الكتابة والخبز معقودا عليها مقصودا حتى

لا يقابله شيء من الثمن وأما في مسئلة الكتاب ذكر اليوم قصدًا كالعمل وقد
أضيف العقد إليهما على السواء وليس أحدهما في جعله معقودًا عليه بأولى
من الآخر لاختلاف أغراض المستأجرين ورغباتهم لأن منهم من يميل إلى الوقت
طمعًا في زيادة العمل ومنهم من يميل إلى العمل خوفًا من بطالة العامل ومضي
الوقت بلا عمل وقد يختلف أغراض الأجراء أيضًا فمنهم من يميل إلى العمل كي يفرغ
منه بالعجلة ويشتغل بعمل آخر ويستريح ومنهم من يميل إلى الوقت كي يستحق
الأجر وإن لم يعمل فلا يترجح أحدهما على الآخر فيفسد قال وإن استأجر
أرضًا على أن يكربها ويزرعها أو يسقيها ويزرعها صح لأنه شرط يقتضيه
العقد لأن الزراعة مستحقة بالعقد ولا تتأتى الزراعة إلا بالسقي والكراب
وكان العقد مقتضيًا له فلا يفسد قال وإن شرط أن يثنيها أو
يكري أنهارها أو يسرقنها أو يزرعها بزراعة أرض أخرى لا كإجارة السكنى
بالسكنى لأن أثر التثنية وكري الأنهار والسرقنة تبقى بعد انقضاء مدة
الإجارة فيكون فيه نفع صاحب الأرض وهو شرط لا يقتضيه العقد فيفسد
كالبيع ولأن مؤجر الأرض يصير مستأجرًا منافع الأجير على وجه تبقى بعد المدة ه
فيصير صفقة في صفقة وهو مفسد أيضًا لكونه منهيًا عنه حتى لو كان بحيث لا يبقى
لفعله أثر بعد المدة بأن كانت المدة طويلة أو كان الريع لا يحصل إلا به لا
يفسد اشتراطه لأنه مما يقتضيه العقد لأن من الأراضي ما لا يخرج الريع
إلا بالكراب مرارًا وبالسرقنة وقد يحتاج إلى كري الجداول ولا يبقى أثره
إلى القابل عادة بخلاف كري الأنهار فإن أثره يبقى إلى القابل عادة وفي
لفظ الكتاب إشارة إليه حيث قال كري الأنهار لأن مطلقه يتناول الأنهار
العظام دون الجداول واستيجار الأرض ليزرعها بأرض أخرى ليزرعها الآخر
يكون بيع الشيء بجنسه نسيئة وهو حرام لما عرف في موضعه وكذا السكنى
بالسكنى أو الركوب بالركوب إلى غيره من المنافع وإليه أشار محمد رحمه الله
حين كتب إليه محمد بن سماعة لم لا يجوز إجارة سكنى دار بسكنى دار بقوله
في جوابه له في الكتاب إنك أطلت الفكرة فأصابتك الحيرة وجالست
الجبائي فكانت منك زلة الجبائي اسم رجل محدث ينكر الخوض على ابن سماعة
في هذه المسئلة ومحمد جعل مجالسته إياه زلة أما علمت أن إجارة السكنى
بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نسيئة وهذا أشكل على القاعدة فإنه لو كان
كذلك لما جاز بخلاف الجنس أيضًا لأن بيع الدين بالدين لا يجوز وإن كان
بخلاف الجنس ولأن العقد على المنافع ينعقد ساعة فساعة على حسب
حدوثها على ما بينا من القاعدة فيقابل وجودها لا ينعقد عليها العقد

فاذ

فإذا وجدت فقد استوفيت فلم يبق دينًا فكيف يتصور فيها النسيئة فعلم بذلك
أن الاحتجاج به غير مخلص والأولى أن يقال إن الإجارة أجيزت على خلاف
القياس للحاجة ولا حاجة إلى استيجار المنفعة بجنسها لأنه يستغني بما
عنده منها فبقي على الأصل فلا يجوز ولا كذلك عند اختلاف الجنس لأن حاجة
كل واحد منهما إلى المنفعة التي ليست عنده باقية ثم لو استوفى أحدهما
المنفعة عند اتحاد الجنس فعليه أجر المثل في ظاهر الرواية وذكر الكرخي
عن أبي يوسف أنه لا شيء عليه لأن تقوم المنفعة بالتسمية والمسمى بمقابلة
المستوفي منفعة وهي ليست بمال متقوم ووجه ظاهر الرواية أنه استوفى
المنفعة بحكم عقد فاسد فصار كما إذا لم يسم الأجر وعند الشافعي يجوز
استيجار المنفعة بجنسها لأن المنفعة جعلت موجودة عنده فيكون بيع
الموجود بالموجود قال ولو استأجره لحمل طعام بينهما فلا أجر له كراهن
استأجر الرهن من المرتهن أي لو استأجر أحد الشريكين صاحبه لحمل طعام
مشترك بينهما لا يستحق الأجر المسمى ولا أجر المثل وقال الشافعي يجوز ه
الإجارة وله المسمى لأن الإجارة بيع المنافع فيجوز في الشائع كبيع الأعيان
خصوصًا على أصله لأن المنفعة كالعين عنده فصار كما إذا استأجر دارًا
مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام أو عبدًا مشتركًا ليخيط له
الثياب ولنا أن العقد ورد على ما لا يمكن تسليمه لأن المعقود عليه حمل
النصف شائعًا وذلك غير متصور لأن الحمل فعل حسي لا يتصور وجوده في
الشائع ولو تصور لما دام بخلاف البيع لأنه تصرف شرعي فيجعل وروده على
الشائع وإذا لم ينعقد لم يجب الأجر أصلًا ولأنه ما من جزء يحمله إلا وهو
شريك فيه فيكون عاملًا لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه لأن كونه
عاملًا لنفسه يمنع تسليم عمله إلى غيره وبدون التسليم لا يجب الأجر بخلاف الدار
المشتركة لأن المعقود عليه هناك المنفعة ويتحقق تسليمها بدون وضع
الطعام وبخلاف العبد المشترك لأن المعقود عليه إنما هو ملك نصيب
صاحبه وإنه أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع وبخلاف إجارة المشاع عند
أبي حنيفة حيث يجب فيه أجر المثل لأن فساد العقد فيه للعجز عن التسليم
على الوجه الذي أوجبه العقد على ما بينا لا لانعدام الاستيفاء أصلًا
فإذا تحقق استيفاء المعقود عليه وجب الأجر وفيما نحن فيه بطلان العقد
لتعذر استيفاء المعقود عليه أصلًا من حيث إنه عامل لنفسه ولا يتصور
أن يكون فيه عاملًا لغيره في تلك الحالة وقوله كراهن استأجر الرهن من
المرتهن يعني لا يجوز استيجار الشريك هنا كما لا يجوز للراهن استيجار الرهن

لانه ملكه والمرتهن ليس بمالك حتى يؤجر منه وهذا لان حقيقة الاجارة هي
تمليك المنافع بعوض والمرتهن غير مالك للمنافع فلا يملك تمليكها اذ التمليك
من غير المالك محال والراهن انما يتمكن من الانتفاع به من حيث انه مالك له
اذ الملك هو المطلق للتصرف الا انه ممنوع عنه بسبب ما تعلق به حق المرتهن
فاذا ابطل حقه بالاجارة له صار منتفعا به على انه ملكه لزوال المانع
قال ومن استاجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي شيء يزرعها فزرعها
فمضى الاجل فله المسمى لان الارض تستاجر للزراعة ولغيرها من البناء والمراح
ونصب الخيم وكذا ما يزرع فيها مختلف فبعضه اقل ضررا بها من بعض فلا
يجوز حتى يبين انه يزرعها ويبين جنس ما يزرع فيها فان زرعها ومضى
الاجل جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلا
ينقلب جائزا ووجه الاستحسان ان الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد
فينقلب جائزا كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مجيئه والخيار الزائد
على ثلاثة ايام قبل مجيء اليوم الرابع وهما على الخلاف قال وان استاجر
حمارا الى مكة ولم يسم ما يحمل فحمل ما يحمله الناس فنفق لم يضمن لان العين امانة
في يد المستاجر وان كانت الاجارة فاسدة لان الفاسد معتبر بالصحيح
لكونه مشروعا من وجه لانه مشروع باصله دون وصفه فلا يضمن ما لم يوجد
فاذا التعدي منه ولا اجر عليه قال وان بلغ مكة فله المسمى لان الفساد
كان للجهالة فيما يحمل عليها فاذا حمل عليها شيئا يحمل على مثلها تعين ذلك
فانقلب صحيحا لزوال الموجب للفساد قال وان تشاحا قبل
الزرع والحمل نقضت الاجارة دفعا للفساد اذ الفساد باق قبل ان
ترتفع الجهالة بالتعيين بالزرع في المسئلة الاولى وبالحمل في الثانية
ولو استاجر دابة ثم جحد الاجارة في بعض الطريق وجب عليه اجر ما ركب
قبل الانكار ولا يجب الاجر لما بعده عند ابي يوسف لانه بالجحود صار غاصبا
والاجر والضمان لا يجتمعان وقال محمد يجب الاجر كله لان سلم من الاستعمال
سقط الضمان ذكره في الكافي

باب ضمان الاجير

الاجراء على ضربين اجير خاص واجير مشترك قال الاجير المشترك من يعمل
لغير واحد معناه من لا يجب عليه ان يختص بواحد عمل لغيره او لم يعمل ولا يشترط
ان يكون عاملا لغير واحد بل اذا عمل لواحد ايضا فهو مشترك اذا كان بحيث
لا يمتنع ولا يتعذر عليه ان يعمل لغيره والاوضح ان يقال الاجير المشترك
من يكون عقده واردا على عمل معلوم ببيان محله ليسلم من النقض والاجير
الخاص من يكون العقد واردا على منافعه ولا تصير منافعه معلومة الا

بذكر

بذكر المدة او بذكر المسافة ومنافعه في حكم العين فاذا صارت مستحقة بالعقد
المعاوضة لا تبقى له ان يتمكن من ايجابها لغيره بخلاف الاجير المشترك لان المعقود
عليه فيه هو الوصف الذي يحدث في العين بعمله فلا يحتاج الى ذكر المدة
ولا يمتنع عليه قبول مثله للناس العمل من غيره لان ما يستحقه الاول في حكم الدين
في ذمته وهو نظير السلم مع بيع العين فان المسلم فيه لما كان دينا في ذمته
لا يتعذر عليه بسببه قبول السلم من غيره والبيع لما كان يلاقي العين لا يملك
بيعه من غيره بعد ما باعه فلهذا سمي مشتركا والاول اجير واحد واجير خاص
وقد اختلفت عبارات المشايخ في حدهما فقال بعضهم الاجير المشترك من
يتقبل العمل من غير واحد والاجير الخاص من يتقبل العمل من واحد وقال
القدوري المشترك من لا يستحق الاجر حتى يعمل والخاص هو الذي يستحق الاجرة
بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل وهذا يؤول الى الدور لان هذا حكم لا يعرفه
الا من يعرف الاجير المشترك والخاص وحكمهما ان المشترك له ان يتقبل العمل
من اشخاص لان المعقود عليه في حقه هو العمل او اثره فكان له ان يتقبل من
العامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه سمي مشتركا والاجير
الخاص لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة للمستاجر والاجر
مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال ولا
يستحق الاجر حتى يعمل كالقصار والصباغ يعني الاجير المشترك لا يستحق الاجر
الا اذا عمل لان الاجارة عقد معاوضة فيقتضي المساواة بينهما فما لم يسلم
المعقود عليه للمستاجر لا يسلم له العوض والمعقود عليه هو العمل او اثره على
ما بيناه فلا بد من العمل قال والمتاع في يده غير مضمون بالهلاك
سواء هلك بسبب يمكن التحرز عنه كالسرقة او بما لا يمكن كالحريق الغالب
والغارة المكابرة وهذا عند ابي حنيفة وزفر والحسن بن زياد وهو القياس
وقالا يضمن الا اذا هلك بامر لا يمكن التحرز عنه كالحريق الغالب والغرق
الغالب واللصوص المكابرين لان عمر وعليا كانا يضمنان الاجير المشترك
ولان المعقود عليه الحفظ وعقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه
عن العيب فيكون المستحق بالعقد حفظا سليما عن العيب الذي هو سبب
الهلاك لانه لا يمكنه العمل الا بالحفظ فيكون داخلا تحت العقد فيضمن
بالهلاك كما في الوديعة اذا كانت باجرة وكما اذا هلك بفعله ولابي حنيفة
ومن تابعه ان القبض حصل باذنه فلا يكون مضمونا عليه كالوديعة والعارية
ولهذا لا يضمن فيما لا يمكن التحرز عنه كالموت حتف انفه وكالغصب من العدو
والمكابرة ولو كان مضمونا عليه لما اختلف الحال بل كان مضمونا عليه مطلقا

كالغصب والمقبوض على سوم الشراء وبالبيع الفاسد وعكسه الوديعة فإنها لا تضمن
مطلقا ولا نسلم أن المعقود عليه هو الحفظ بل العمل وإنما وجب عليه الحفظ
تبعا أو اقتضاء لا مقصودا لأن العمل لا يتأتى بدون حبس العين فلما لم يكن
العمل إلا بحبس العين كان له حبسه ولهذا لا يقابله شيء من الأجر ولو كان
المعقود عليه هو الحفظ لكان له حصة من الأجر فصار كأجير الوحد بخلاف
الوديعة بأجر لأن الحفظ واجب عليه مقصودا ببدل وبخلاف ما إذا تلف
بعمله لأن العقد يقتضي سلامة المعقود عليه وهو العمل فإذا لم يكن سليما
ضمن وقد روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما كانا لا يضمنان الأجير المشترك
وهو قول إبراهيم النخعي فتعارضت روايتا فعليهما فلا يلزم حجة وقيل هذا
اختلاف عصر وزمان وليس بشيء لأن الاختلاف موجود بين الصحابة فكيف
يتصور أن يكون على اختلاف الزمان بل الخلاف مبني على أن الحفظ معقود
عليه عندهما لأنه لا يتمكن من استيفاء المستحق وهو العمل إلا بحفظ العين
وما لا يتوصل إلى الواجب إلا به يكون واجبا كوجوبه فكان العقد واردا
عليه وعنده لا يكون واردا عليه وقد بيناه وبقولهما يفتى اليوم لتغير
أحوال الناس وبه يحصل صيانة أموالهم وإن شرط الضمان على الأجير المشترك
في العقد فإن شرط عليه فيما لا يمكن التحرز عنه لا يجوز بالإجماع لأنه شرط لا
يقتضيه العقد وهو منفعة لأحدهما فتفسده وإن شرط عليه فيما يمكن الاحتراز
عنه فعلى الخلاف فعندهما يجوز لأنه يقتضيه العقد عندهما وعنده يفسد
لأن العقد لا يقتضيه فيكون اشتراطه فيه مفسدا قال وما تلف بعمله
كتخرق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به الحمل وغرق
السفينة من مدها مضمون وقال زفر والشافعي ليس بمضمون عليه لأنه
مأذون فيه فلا يجامعه الضمان كالمعين للدقاق والأجير الوحد وهذا لأنه
عمل بأمره والأمر المطلق ينتظم الفعل بنوعيه المعيب والسليم والتخرق
لضعف في الثوب وإن كان لعنف في دقه فلا احتراز عنه بمنزلة الدق الذي
ليس في وسعه وإن كان في وسعه فلا يمكنه التحرز عنه إلا بحرج عظيم فيكون
ملحقا بما ليس في وسعه فصار كالبزاغ والفصاد والحجام والختان ولهذا
لا يضمن تلميذ القصار وهو يعمل بالأجرة ولنا أن التلف حصل بعمل غير
مأذون فيه فيكون مضمونا كما لو دق الثوب بغير أمره وهذا لأن الداخل تحت
الإذن هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لأن الإذن ثبت في ضمن
العقد على التسليم لأن مطلق عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود
عليه من العيوب على ما مر في البيوع فإذا تلف كان التلف حاصلا بما ليس

بمأذون

بمأذون له فيه فيضمن كما إذا وصف له نوعا من الدق فأتى بنوع آخر بخلاف معين
القصار لأنه متبرع وعمل المتبرع لا يتقيد بالسلامة لئلا يمتنع الناس عن الإعانة
مخافة الغرامة وبخلاف البزاغ والفصاد ونحوهما لأن العقد فيه لم يتناول
العمل المصلح لأن نفس ذلك العمل إفساد وإنما السلامة المطلوبة من العمل
إلا بمجاوزة المعتاد وبعد ذلك السراية والاقتصار مبنيان على قوة الخلائق في
احتمال الألم وسيلان الدم وضعفه عن ذلك وليس في وسعه معرفته والخارج
عن الوسع لا يستحق بعقد المعاوضة بخلاف التحرز عن التخرق فممكن لأنه في وسع
القصار بمعرفة بالنظر في الثوب مما يحتمله من الدق إلا أنه ربما يلحقه الحرج فيه
وهو ساقط العبرة فيما يلزم العبد بالتزامه وإنما يعتبر ذلك في حقوق
الله تعالى دفعا للحرج حتى إذا اجتهد وأخطأ يكون معذورا وبخلاف أجير الوحد
لما بيناه وبخلاف تلميذه لأنه أجير الوحد لأستاذه وأجير الوحد لا يجب عليه
ضمان ويجب على الأستاذ ما أفسد التلميذ بعمله لأن الأستاذ أجير المشترك دون
التلميذ وصاحب الثوب مخير إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولم يعطه الأجر وإن شاء
ضمنه معمولا وأعطاه الأجر وقد مر نظيره قال ولا يضمن به بني آدم ممن
غرق في السفينة أو سقط من الدابة وإن كان بسوقه وقوده لأن ضمان الآدمي
لا يجب بالعقد وإنما يجب بالجناية ولهذا لا يتحمله العاقلة إلا إذا كان
بالجناية وقيل هذا إذا كان كبيرا ممن يستمسك على الدابة ويركب وحده وإلا
فهو كالمتاع والصحيح أنه لا فرق قال وإن انكسر دن في الطريق ضمن
الحمال قيمته في مكان حمله ولا أجر أو في موضع الكسر وأجر بحسابه أما الضمان
فلأنه تلف بفعله لأن الداخل تحت العقد عمل سليم والمفسد غير داخل فيضمن
على ما بينا أما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين أنه
وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو أن ابتداء الحمل حصل
بأمره فلم يكن تعديا وإنما صار تعديا عند الكسر فيميل إلى أي الجهتين شاء
فإن مال إلى كونه متعديا ضمنه قيمته في الابتداء ولا يجب الأجر لأنه تبين أنه
كان متعديا من الابتداء وإن مال إلى كونه مأذونا فيه في الابتداء وإنما صار
متعديا عند الكسر ضمنه قيمته في موضع الكسر وأعطاه أجره بحسابه هذا إذا
كان الكسر بصنعه بأن زلق أو عثر وإن كان من غير صنعه بأن زحمه الناس فانكسر
فلا يضمن عند أبي حنيفة لأن المتاع أمانة عنده وعندهما يضمن قيمته في موضع
الكسر وله الأجر لأنه سلم العمل باتصاله بملكه فيعطيه أجره ولا يخير في هذه
الصورة عندهما لأن العين مضمونة على الأجير المشترك عندهما على ما بينا ۞
ولا يضمن حجام أو بزاغ أو فصاد لم يتعد الموضع المعتاد لأنه التزمه

بالعقد قصدا واجبا عليه والفعل الواجب لا يجامعه الضمان كما اذا فصد الفاصد
او عزر الامام المحدود بذلك الا اذا كان يمكنه التحرز عنه كدق الثوب ونحوه مما
ذكرنا من قبل لان قوة الثوب ورقته يعرف بما يحتمله من الدق باجتهاده
فامكن تقييده بالسليم منه بخلاف الفصد ونحوه فانه يبتنى على قوة الطباع وضعفها
ولا يعرف ذلك بنفسه ولا ما يحتمله من الجرح فلا يمكن تقييده بالسليم وهو غير
الساري فسقط اعتباره الا اذا جاوز المعتاد فيضمن الزائد اذا لم يهلك وان
هلك يضمن نصف دية النفس لانها تلفت بما ذون فيه وغير ماذون فيه فيضمن
بحسابه وهو النصف حتى ان الختان لو قطع الحشفة وبرئ المقطوع يجب عليه
دية كاملة لان الزائد هو الحشفة وهو عضو كامل فيجب عليه دية كاملة وان
مات وجب عليه نصف الدية لما ذكرنا ويعتبر ان هذه المسائل واخواتها حيث يجب
الاكثر بالبرء وبالهلاك الاقل قال والخاص يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة
وان لم يعمل كمن استوجر شهرا للخدمة او لرعي الغنم اي الاجير الخاص يستحق الاجرة
بتسليم نفسه للعمل عمل او لم يعمل سمي اجيرا خاصا واجير وحد لانه يختص
به الواحد وهو المستاجر وليس له ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت
مستحقة له والاجر مقابل بها فيستحقه ما لم يمنعه من العمل مانع حسي كالمرض
والمطر ونحو ذلك مما يمنع التمكن من العمل قال صاحب الهداية الاجر مقابل
بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال صاحب النهاية نقض
على البنا للمفعول بخلاف الاجير المشترك فانه روي عن محمد في خياط خاط ثوب
رجل باجر ففتقه رجل قبل ان يقبضه رب الثوب فلا اجر للخياط لانه لم يسلم
العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط على ان يعيد العمل لانه لو اجبر عليه
كان يجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل
وان كان الخياط هو الذي فتق فعليه ان يعيد العمل لانه نقض عمله فصار
كان لم يخط وكذلك الاسكاف والملاح حتى اذا رد الملاح السفينه او نقض
الاسكاف الخياطة اجبر على اعادتهما وانما يكون اجير وحد اذا استاجر
لرعي الغنم اذا شرط عليه ان لا يرعى لغيره او ذكر المدة اولا نحو ان يستاجر راعيا
شهرا ليرعى له غنما مسماة باجر معلوم فانه جعله اجيرا لوحد باول الكلام
لانه اوقع الكلام على المدة في اوله وقوله بعد ذلك ليرعى الغنم يحتمل ان
يكون لبيان نوع العمل الذي يستحق على الاجير الخاص في المدة فان الاجارة
على المدة لا تصح في الاجير الخاص ما لم يبين نوع العمل فيقول استاجرتك
شهرا للخدمة او للرعي او للحصاد فلا يتغير حكم الكلام الاول بالاحتمال فبقي
اجير وحد ما لم ينص على خلافه ولو شرط حكم الاجير المشترك فقال على ان يرعى

غنم

غنم غيره مع غنمي او اخر المدة بان استاجره ليرعى له غنما مسماة باجر معلومة شهرا
كان اجيرا مشتركا لانه جعله اجيرا مشتركا باول الكلام بايقاع العقد على
العمل في اوله وقوله شهرا في اخر الكلام يحتمل ان يكون لايقاع العقد على المدة
فيصير اجير وحد ويحتمل ان يكون لتقدير العمل الذي وقع العقد عليه فلا
يتغير اول كلامه بالاحتمال ما لم يصرح بخلافه قال ولا يضمن ما تلف في يده
او بعمله اما الاول فلان العين امانة في يده لانه قبضها باذنه وهذا عند
ابي حنيفة ظاهر وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك كان نوع استحسان
عندهما صيانة لاموال الناس لانه يتقبل الاعمال من خلق كثير رغبة في كثرة
الاجر وقد يعجز عن القيام بها فيقعد عنده طويلا فيجب عليه الضمان اذا
هلكت مما يمكن التحرز عنه حتى لا يتوانى في حفظها والاجير الوحد يعمل في بيت
المستاجر ولا يتقبل الاعمال من غيره فاخذ فيه بالقياس واما الثاني فلان
المنافع صارت مملوكة للمستاجر فاذا امره بالصرف الى ملكه صح وصار نائبا
منه به فصار فعله منقولا اليه كانه فعله بنفسه ولان البدل ليس بمقابله
العمل بدليل انه يستحق الاجر وان لم يعمل وهذا لان المبيع منفعته ومبنى
سلامته وانما الخرق في العمل الذي هو تسليم المنفعة وذلك غير معقود
عليه فلم يكن مضمونا عليه فلا يشترط فيه سلامته فلا يضمن ما تلف به
الا اذا تعمد الفساد فيضمن للتعدي كالمودع قال وصح ترديد الاجر
بترديد العمل في الثوب نوعا وزمانا في الاول وفي الدكان والبيت
والدابة مسافة وحملا اي يجوز ان يجعل الاجر مترددا بين تسميتين بجعل
العمل مترددا في الثوب بين نوعي العمل بان يجعل له الخياطة فيهما مثل
ان يقول ان خطته فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين او يجعل
العمل فيه مترددا بين زمانين مثل ان يقول ان خطته اليوم فبدرهم وان
خطته غدا فبنصف درهم فانه يجوز في اليوم للاول دون الثاني وهو معنى
قوله وزمانا في الاول اي في المتردد بين زمانين يجوز في الوقت الاول
دون الثاني او يجعل المنفعة مترددا في دكان بان قال ان سكنته حدادا
فبدرهمين وان سكنته عطارا فبدرهم او قال ذلك في بيت او يجعله مترددا
بين مسافتين في الدابة او بين حملين بان قال اجرتك هذه الدابة الى
بغداد بكذا او الى الكوفة بكذا او بان قال له اجرتكها على انك ان حملت
عليها قنطارا من حنطة فبخمسة وان حملت عليها قنطارا من حديد فبعشرة
وكذا لو خيره بين ثلاثة اشيا جاز ولا يجوز اكثر من ذلك على ما بينا في البيوع
والمعتبر فيه البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لا يشترط اشتراط الخيار هنا

وفي البيع روايتان والفرق على احداهما ان الاجر لا يجب الا بالعمل وعند ذلك
يصير المعقود عليه وهو العمل معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق
الجهالة على وجه لا يرتفع الا باثبات الخيار وفيه خلاف زفر والشافعي وقد
بيناه في البيوع فاذا عرف هذا مجملا فلا بد من الكلام فيه مفصلا ليهتدي
الطالب الى معرفة كل واحد منها بعلتها فنقول اما الاول وهو ما اذا قال
ان خطته فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين فانما جاز لانه سمى
نوعين معلومين من العمل وسمى لكل واحد منهما بدلا معلوما فيجوز كما اذا
خيره في البيع بين عبدين على ما بيناه في موضعه واما الثاني وهو ما اذا قال
ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فالمذكور هنا هو جواز
العقد في اليوم الاول دون اليوم الثاني قول ابي حنيفة وعندهما الشرطان
جائزان وعند زفر الشرطان فاسدان لانه اجتمع فيه تسميتان في اليومين
لان المسمى في غد هو المستحق في اليوم ايضا والمسمى في اليوم هو المسمى في الغد ايضا
وانما ذكر اليوم والغد للتعجيل والترفيه لا غير الا ترى انه لو قال خط هذا
الثوب غدا بدرهم فخاطه اليوم استحق الدرهم وكذا لو قال خط هذا الثوب
بدرهم اليوم فخاطه غدا يستحق الدرهم فاذا كان كل واحد منهما مسمى في الوقتين
فسدت الاجارة ولان ذكر البدلين على البدل بمقابلة مبدل واحد مفسد
فصار نظير قوله بعتك حالا بالف ومؤجلا بالفين ولهما ان ذكر اليوم
للتاقيت وذكر الغد للاضافة فهذا حقيقتهما واستعمالهما للترفيه والتعجيل
مجاز والكلام بحقيقته حتى يقوم الدليل على المجاز لا سيما اذا كان حمله
على المجاز يؤدي الى الفساد وكل واحد منهما معلوم وبدلهما معلوم فصار
نظير خياطة الرومية والفارسية بخلاف حالة الانفراد لانه لو حمل على
التاقيت لفسد العقد اذ تعيين العمل مع تعيين الوقت لا يجتمعان فصرنا
الى المجاز بدلالة حالهما اذ مقصودهما الصحة دون الفساد ولابي حنيفة
ان اليوم للتعجيل والغد للاضافة والكلام بحقيقته حتى يقوم الدليل
على مجازه وقد قام الدليل على ارادة المجاز في ذكر اليوم وهو التعجيل لان
مرادهما الصحة وهو متعين في المجاز لان تعيين العمل مع التوقيت يفسد
فان تعيين العمل يوجب كونه اجيرا مشتركا وتعيين الوقت يوجب كونه اجيرا
وبينهما تناف فلا يجتمعان فيفسد فتعين المجاز كيلا يفسد فحملناه على التعجيل
وفي الغد لم يقم الدليل على ارادة المجاز وهو الترفيه بل قام الدليل على
ارادة الحقيقة وهو الاضافة والتعليق فتركناه على حقيقته لانا لو حملناه
على انه للترفيه يؤدي الى فساد العقد من حيث انه يجتمع في اليوم تسميتان

كما

كما قال زفر فوجب حمله على انه للاضافة كما هو حقيقته ولنقصان الاجر في الغد
ايضا يدل على ذلك لان ما يكون للترفيه لا يكون اجرته انقص فاذا كان ذكر
اليوم للتعجيل وذكر الغد للتعليق لم يوجد في اليوم الا تسمية واحدة فلم
يفسد فاذا خاطه اليوم وجب عليه الدرهم فاذا جاء الغد فسد لوجود تسميتين
فيه لان المعلق ينزل عند مجيء الغد والتسمية الاولى باقية فيفسد لاجتماع
تسميتين في عمل واحد بخلاف خياطة الرومية والفارسية لانه ليس لاحد
العقدين موجب في العمل الاخر وكانا عقدين مختلفين لكل واحد منهما بدل مسمى
على الانفراد معلوم فافترقا فان خاطه فيه يجب اجر المثل لا يزاد على نصف درهم
في الصحيح لانه المسمى فيه وفي الجامع الصغير لا ينقص عن نصف درهم ولا يزاد
على درهم لان التسمية الاولى باقية في الغد فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر
الثانية لمنع النقصان ولو خاطه بعد غد فالصحيح انه لا يجاوز به نصف درهم
عند ابي حنيفة لانه لم يرض بتاخيره الى الغد باكثر من نصف درهم فاولى ان لا يرضى
الى ما بعد الغد والصحيح على قولهما انه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه
واما الثالث وهو ما اذا قال ان سكنت هذا الدكان عطارا فبدرهم وان
سكنته حدادا فبدرهمين فالمذكور قول ابي حنيفة وعندهما لا يجوز هذه
الاجارة وعلى هذا الخلاف القسم الرابع وهو ما اذا قال اجرتك هذه الدابة
الى بغداد بكذا او الى الكوفة بكذا ولهما ان الاجرة والمنفعة مجهول لان
الاجر في الاجير الخاص يجب بالتسليم من غير عمل ولا يدرى اي العملين تقدر واي
التسميتين تجب وقت التسليم بخلاف خياطة الرومية والفارسية لان الاجر لا
يجب فيه الا بالعمل وبه ترتفع الجهالة وبخلاف الترديد في اليوم والغد لانه
عندهما كمسئلة الرومية والفارسية فلا يجب الاجر الا بعد العمل فعند ذلك
هو معلوم فهذا هو القاعدة لهما ان الاجر متى وجب بالتسليم لا يجوز ان
يكون مترددا بين شيئين عند التسليم لانه لا يدري ايهما يجب والاجارة تعقد
ولابي حنيفة رحمه الله انه خيره بين شيئين متغايرين وجعل لكل واحد منهما اجرا
معلوما فوجب ان يجوز كما في المسئلة الرومية والفارسية والاجارة تعقد
للانتفاع والظاهر انه يستوفي المنافع وعند الاستيفاء ترتفع الجهالة ولو
احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم عند عدم الاستيفاء بعد التسليم يجب نصف كل واحد
من البدلين عند بعض المشايخ اذ ليس احدهما باولى من الاخر فيجعل التسليم لهما
والصحيح انه يجب اقل البدلين لانه لا يكون اكثر ضررا من الانتفاع باقلهما
ضررا وكذا يجوز اذا خيره بين شيئين بان قال اجرتك هذه الدار شهرا بخمسة
او هذه الدار باثنين او اجرتك هذه الدار بخمسين او هذه الدكان بعشرين

وكذا يجوز بين ثلاثة اشياء ولا يجوز اكثر من ذلك والمعنى قد بيناه في البيوع انتهى
قال ولا يسافر بعبد استأجره للخدمة بلا شرط لان مطلق العقد يتناول
الخدمة في الحضر اذ هو المتعارف الاغلب وعليه عرف الناس فانصرف اليه اذ المطلق
يتقيد بمثل هذا نظرا للتعارف فلا يكون له ان ينقله الى خدمة السفر لانه
اشق فصار نظير ما لو استأجر فرسا للركوب وعين الراكب فليس له ان يركب
غيره للتفاوت وكذا لو استأجر دارا للسكنى فانه ليس له ان يسكن فيه حدادا
لانه اضر ومطلق العقد لا يتناولها ولانه لان مؤنة الرد على المولى وتلحقه ضرر بذلك
فلا يملكه الا باذنه بخلاف العبد الموصى بخدمته حيث لا يتقيد بالحضر لان مؤنته
عليه ولم يوجد العرف في حقه ولا يقال لما ملك منافعه نزل منزلة المولى فيه
والمولى كان له ان يسافر به فكذا لهذا لانا نقول انما ملك المولى ذلك لانه
يملك رقبته لا لملك المنفعة الا ترى ان للمولى ان يبيع رقبته وان يزوجه
ولا يملك المستأجر ذلك فكذا ليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك او يكون وقت
الاجارة متهيئا للسفر وعرف بذلك لان الشرط يلزم والمعروف كالمشروط ولو
سافر به ضمن لانه صار غاصبا ولا اجر عليه وان سلم لان الضمان والاجر لا يجتمعان
قال ولا يأخذ المستأجر من عبد محجور اجرا دفعه لعمله معناه لو استأجر شخص
عبدا محجورا عليه من نفسه لعمل واعطاه الاجر ليس للمستأجر ان يأخذ منه
والقياس له ان يأخذ لان عقد المحجور عليه لا يجوز فيبقى على ملك المستأجر لانه
بالاستعمال صار غاصبا له وهذا يجب عليه ضمان قيمته اذا هلك ومنافع
المغصوب لا تضمن عندنا فيبقى المدفوع على ملكه فكان له ان يسترده وجه الاستحسان
ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع
مأذون فيه فيجوز فيخرج الاجر عن ملكه فليس له ان يسترده وهذا لان العبد
محجور عن تصرف يضره لا عن تصرف ينفعه الا ترى انه يجوز قبوله
الهبة بغير اذن المولى لكونه نفعا في حق المولى لانها اذا جازت يحصل للمولى
الاجر بغير ضرر ولو لم يجز ضاع منافع العبد عليه مجانا فتعين القول بالجواز
فاذا جازت الاجارة صح قبض العبد الاجرة لانه العاقد وقبض البدل
الى العاقد ومتى صح قبضه لا يكون للمستأجر ان يسترده منه بخلاف ما اذا
هلك العبد في حالة الاستعمال فانه يجب على المستأجر قيمته واذا ضمن صار
مالكا له من وقت الاستعمال فيصير مستوفيا منافع ملك نفسه فلا يجب عليه الاجر
وكذا الصبي المحجور عليه اذا اجر نفسه وسلم من العمل كان الاجر له لانه غير ممنوع
عما ينفعه من التصرفات ولهذا يملك قبول الهبة وجواز الاجارة بعد الفراغ
من العمل نفع محض وفي النهاية الاجر الذي يجب في هاتين الصورتين اجر المثل

فان

فان اعتقه المولى في نصف المدة نفذت الاجارة ولا خيار للعبد واجر ما
مضى للمولى واجر ما يستقبل للعبد وان اجر المولى ثم اعتقه في نصف المدة
فللعبد الخيار فان فسخ الاجارة فاجر ما مضى للمولى وان اجاز فاجر ما يستقبل
للعبد والقبض للمولى لانه هو العاقد قال ولا يضمن غاصب العبد
ما اكل من اجره معناه اذا غصب رجل عبدا فآجر العبد نفسه فاخذه
الغاصب من يد العبد الاجر فاكله فلا ضمان عليه وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا عليه ضمانه لانه اتلف مال الغير بغير اذنه ولهما انه
لان المال للمولى لان اجارته نفسه جائزة على تقدير السلامة على ما بيناه
وكسب العبد للمولى لانه تبع لرقبته فيكون الغاصب متعديا بالاخذ منه
والاتلاف فيضمن ولابي حنيفة ان الضمان يجب باتلاف مال محرز متقوم
وهذا ليس بمحرز لان الاحراز يكون بيده او بيد نائبه وهذا المال ليس في يده
ولا في يد نائبه لان الغاصب ليس بنائب عنه والعبد ليس في يد نفسه بل هو
في يد الغاصب وما في يده يكون في يد الغاصب ايضا تبعا لنفسه فلا يتصور
ان يكون محرزا بحرزه اذ هو لا يحرز نفسه عن الغاصب فكيف يحرز ما في يده عنه
وما لا يقع في يد المولى حقيقة او حكما بالاستنابة لا يكون مضمونا فصار
نظير المال المسروق في يد السارق بعد القطع ولان الاجر بدل المنفعة
والبدل حكمه حكم المبدل ولو اتلف الغاصب المنفعة لا يضمن فكذا بدلها
ولان الغاصب لو اجر العبد بنفسه واخذ الاجر فاكله فلا ضمان عليه فكذا
اذا اجر العبد نفسه ولان العبد في يده فيكون فعله كفعله من وجه لانه
في ضمانه ومن وجه كفعل المالك لانه هو المالك لرقبته ولما تردد بين الاصلين
توفر عليه حظهما فرجحنا جانب المالك عند بقاء الاجر في يده فقلنا
المالك احق به ورجحنا جانب الغاصب في حق الضمان وقلنا لا ضمان على
الغاصب اذا اكله لان الاصل هو العبد في ضمانه كالمبيع اذا اكتسب
في يد البائع واستهلكه البائع كسبه لا يجب عليه الضمان عند ابي حنيفة
لان الاصل في ضمانه وهو المبيع بخلاف ولد المغصوب حيث يجب على الغاصب
ضمانه بالاتلاف متعديا لانه ليس ببدل المنفعة بل هو جزء الام فيضمنه
عند التعدي كالام ولهذا لو استولدها الغاصب لا يكون الولد له ولو اجر
العبد كان الاجر له قال ولو وجد ربه اجره اخذه اي لو وجد مولى العبد
ما في يد العبد من الاجر اخذه لانه وجد عين ماله ولا يلزم من بطلان
التقوم بطلان الملك كما في المسروق بعد القطع فانه لم يبق متقوما حتى
لا يضمن بالاتلاف ويبقى الملك فيه حتى يأخذه المالك قال وصح قبض

العقد اجره اي لو قبض العبد اجرته من المستاجر جاز قبضه بالاجماع لانه
المباشر للعقد وحقوق العقد اليه وتصرفه نفع محض فلو كان في عبد غير
مغصوب فصح لكونه مأذونا له في التصرف النافع **قال** ولو اجر عبده
هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة صح والاول باربعة لانه لما قال
اولا شهرا باربعة انصرف الى ما يلي العقد تحريا للصحة كما لو سكت عليه لان
الاوقات في حق الاجارة بمنزلة الاوقات في حق اليمين الا ذكر فلانا لان
تنكيرهما مفسد فيتعين عقيبها فاذا انصرف الاول الى ما يلي العقد انصرف
الثاني الى ما يلي الشهر الاول تحريا للجواز ذا دخيا لانه اقرب الاوقات
اليه وصار كما لو صرح به **قال** ولو اختلفا في اباق العبد ومرضه
حكم الحال معناه لو استاجر عبدا شهرا مثلا ثم قال المستاجر في اخر الشهر
ابق او مرض في المدة وانكر المولى ذلك او انكر اسناده الى المدة فقال
اصابه قبل ان تأتيني بساعة يحكم الحال فيكون القول قول من يشهد له
الحال ثم بينه لان القول في الدعاوي قول من يشهد له الظاهر ووجوده
في الحال يدل على وجوده في الماضي فيصلح الظاهر مرجحا وان لم يصلح حجة
كما اذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة وهذا اذا كان الظاهر يشهد للمستاجر
فظاهر لا اشكال فيه لانه ليس فيه الا دفع الاستحقاق عليه والظاهر يصلح
وان كان يشهد للموجر ففيه اشكال من حيث انه يستحق الاجر بالظاهر وهو
لا يصلح للاستحقاق وجوابه انه يستحقه بالسبب السابق وهو العقد وانما
الظاهر يشهد على بقائه واستمراره الى ذلك الوقت فلم يكن مستحقا بمجرد
الظاهر وهذا لانهما لما اتفقا على وجود سبب الوجوب اثرنا الوجوب عليه
ثم بالانكار بعد ذلك يكون متعرضا لنفيه فلا يقبل منه الا بحجة وعلى هذا
لو اعتق جاريته ولها ولد فقالت اعتقتني قبل ولادته فيكون حرا تبعا
لي وقال المولى اعتقتك بعدها فلا يعتق كان القول قول من كان الولد
في يده لان الظاهر يشهد له وكذا لو باع شجرا فيه ثمر واختلفا في بيع الثمر
معها كان القول قول من في يده الثمر وهذا كله يحكم الحال **قال** والقول
لرب الثوب في القميص والقبا والحمرة والصفرة والاجر وعدمه يعني اذا
اختلف رب الثوب والصانع في المخيط بان قال رب الثوب امرتك ان تعمله
قبا وقال الخياط قميصا او في لون الصبغ بان قال صاحب الثوب امرتك
ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ بل امرتني اصفر او في الاجرة
بان قال صاحب الثوب عملته لي بغير اجرة وقال الصباغ باجر كان القول في
الكل قول المستاجر اما اذا اختلفا في الخياطة والصبغ فلان الاذن يستفاد

من

من جهة رب الثوب فكان اعلم بكيفيته ولانه لو انكر الاذن بالكلية كان القول
قوله فكذا اذا انكر وصفه اذ الوصف تابع للاصل لكنه يحلف لانه ادعى
عليه شيئا لو اقر به لزمه فاذا انكره يحلف فاذا حلف فالخياط ضامن وصاحب
الثوب مخير ان شاء ضمنه قيمة الثوب غير معمول فلا اجر له او قيمته معمولا فله
اجر مثله ولا يجاوز به المسمى على ما بينا من قبل لانه موافق من جهة وهو في اصل
العمل مخالف من جهة ويوافق الصفقة فيميل الى ايهما شاء وروى ابن سماعة عن محمد
انه يضمن له ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغاصب وقال ابن ابي ليلى القول
قول الصباغ لانهما اتفقا على الاذن في الصبغ ثم رب الثوب يدعي عليه خلافا
ليضمنه او ليثبت لنفسه الخيار وهو منكر فكان القول قوله وجوابه ما بينا
واما اذا اختلفا في الاجر فلان المستاجر ينكر تقوم عمله ووجوب الاجر عليه
والصانع يدعيه فكان القول قول المنكر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف ان كان الصانع حريفا له اي معاملا له بان كان يدفع اليه
شيئا للعمل ويقاطعه عليه فله الاجر والا فلا لان ما تقدم منهما من
المقاطعة يدل على انه يعمله باجر فقام ذلك مقام الاشتراط لان العادة
قد جرت بالرفع للعمل الذي يخالطه من غير تسمية الاجر للعلم به وقال محمد ان
كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر وقيام حاله بها كان القول قوله
والا فلا لانه لما فتح الدكان لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص عليه اعتبارا
بالظاهر قوله والا فلا لانه لما فتح الدكان لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص
عليه اعتبارا بالظاهر المعتاد وقولهما استحسان والقياس ما قاله ابو حنيفة
رحمه الله لانه منكر وما ذكره من الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق اذ الظاهر
يصلح للدفع لا غير الا ترى ان ذا اليد يدفع المدعي باليد ثم اذا بيعت بجنبه
دار لا يستحق به الشفعة لما قلنا والفتوى على قول محمد رحمه الله تعالى

باب فسخ الاجارة

قال وتفسخ بالعيب اي تفسخ الاجارة بالعيب لان العقد يقتضي
سلامة البدل عن العيب فاذا لم يسلم فات رضاه فيفسخ كما في البيع والمعقود
عليه في هذا الباب المنافع وهي تحدث ساعة فما وجد من العيب يكون
حادثا قبل القبض في حق ما بقي من المنافع فيوجب الخيار كما اذا حدث بالمبيع
قبل القبض ثم اذا استوفى المستاجر المنفعة مع العيب فقد رضي بالعيب
فيلزمه جميع البدل كما في البيع فان فعل الموجر ما زال به العيب فلا خيار
للمستاجر لان الموجب للرد قد زال قبل الفسخ والعقد يتجدد ساعة
فساعة فلم يوجد فيما بعد فسقط خياره **قال** وخراب الدار وانقطاع

ما الضيعة والرحا اي ينفسخ الاجارة وتبين الاشيا وهذا يشير الى ان الاجارة
لا تنفسخ بتبين الاشيا وقال بعضهم ينفسخ لان المعقود عليه وهي المنافع
المخصوصة قد فاتت قبل القبض فصار كهلاك المبيع قبل القبض وموت العبد
المستاجر والاول اصح ووجهه ان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه
اباق المبيع قبل القبض او المستاجر وقال في الاصل ان الاجارة في الرحا لا
تنفسخ بانقطاع الما وقد روى هشام عن محمد انه لو استاجر بيتا فانهدم بناه
الموجر واراد المستاجر ان يسكنه في بقية المدة فليس له ان يمنعه من ذلك وكذا
ليس للمستاجر ان يمتنع منه وهذا صريح بانه لا ينفسخ ولكنه يفسخ ولان اصل الموضع
مسكن بعد انهدام البنا ويتاتى فيه السكنى بنصب الفسطاط فبقي العقد لكن
لا اجر على المستاجر لعدم التمكن من الانتفاع به على الوجه الذي قصد بالاستيجار
ولو انقطع ما الرحا والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته
لانه بقي من المعقود عليه فاذا استوفاه لزمته حصته قال وتنفسخ بموت
احد المتعاقدين ان عقدها لنفسه وقال الشافعي رحمه الله لا تبطل بموت
احدهما ولا بموتهما لان المنافع عنده كالاعيان القايمة فكما لا تبطل في الاعيان
لا تبطل فيهما ولنا ان العقد ينعقد ساعة فساعة بحسب حدوث المنافع
فاذا مات الموجر فالمنافع التي تستحق بالعقد هي التي تحدث على ملكه وقد فات
بموته فتبطل الاجارة لفوات المعقود عليه لان رقبة العين تنتقل الى الوارث
والمنفعة تحدث على ملكه فلم يكن هو عاقدا ولا راضيا به واذا مات المستاجر
فلو بقي العقد انما يبقى على ان يخلفه وارثه والمنفعة المجردة لا تورث ولهذا
لو مات الموصى له بالخدمة لا تنتقل الى ورثته وكذا لو مات المستعير تبطل
العارية فكذا الاجارة اذ لا فرق بينهما الا من حيث ان احدهما بعوض والاخر
بغير عوض وذلك لا تاثير له في حق الارث كالاعيان المملوكة بعوض وبغير
عوض اذ الوراثة خلافة ولا يتصور الا فيما يبقى وقتين ليكون ملكا للمورث
في الوقت الاول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني ويقوم مقامه
فيه بعينه والمنفعة الموجودة في حياة المستاجر لا تبقى ليورث والتي تحدث
بعد موته لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فتعين البطلان كعقد
النكاح يرتفع بالموت ولا يخلفه فيه ورثته قال واذا عقدها لغيره
لا كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف لبقا المستحق عليه والمستحق حتى لو مات
المعقود له بطلت لما ذكرنا واذا مات احد المستاجرين او احد الموجرين بطلت
الاجارة في نصيبه وتبقى في نصيب الحي وقال زفر رحمه الله تبطل في
نصيب الحي ايضا لان الشيوع مانع من صحة الاجارة فيكون كالمقارن قلنا

الشروط

الشروط لا يمنع وجودها في الابتدا دون البقا كالهبة وكالشهادة في النكاح
قال وتفسخ بخيار الشرط وقال الشافعي لا يصح اشتراط الخيار فيها لان
المستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله ان كان الخيار له اذ لا بد له من تلف
شي من المنفعة في مدة الخيار وان كان للموجر فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال
لان ما مضى من المنفعة في مدة الخيار لا يمكن تسليمه وليس له تفريق الصفقة
قبل التمام لانها تتم مع خيار الشرط بخلاف البيع لانه يمكن رد جميع المعقود
عليه فيه اذ المبيع عين يبقى ولنا انه عقد معاوضة ولا يجب قبضه في المجلس ويحتمل
الفسخ بالاقالة فيجوز شرط الخيار فيه كالبيع وهذا لان الخيار شرع في البيع
للتروي حتى اذا كان فيه غبن وخسارة تفسخ ولان الاجارة تقع بغتة من غير
سابقة تامل فيمكن ان تصادف غير موافق فيحتاج الى ازالته فيجوز له اشتراط
كالبيع بخلاف النكاح لانه لا يقع بغتة بل يتقدمه السوم والتامل في الموافق
فلا يحتاج فيه الى التروي بعده فلا يحتاج اليه ولان النكاح لا يقبل الفسخ
بالاقالة فلا يوثر فيه خيار الشرط ولا يفيد الا ترى ان الاجارة تفسخ بعيب
مضر كالبيع ولا كذلك النكاح وبخلاف الصرف والسلم لان شرط الخيار فيهما
يمنع تمام القبض المستحق بالعقد والعقد فيهما موجب للقبض في المجلس وفوات
بعض المعقود عليه لا يمنع الرد بالعيب فكذا بخيار الشرط للضرورة بخلاف
البيع لانه يمكن فسخ البيع في جميع المبيع فلا ضرورة الا ترى ان المستاجر يجبر على
القبض بعد مضي المدة من غير شرط الخيار للضرورة وفي البيع لا يجبر عليه بعد
هلاك بعضه لعدم الضرورة فعلم بذلك ان هلاك بعض المعقود لا يوثر في منع
الفسخ ولا المضي فيه ولان العقد في المنافع يتجدد متفرقا لانه ينعقد ساعة
فساعة على ما بينا فصار كل جزء من اجزا المنفعة مستحقا بعقد على حدة فلا
يتصور فيه تفريق الصفقة اذ هو لا يكون الا فيما ملك بعقد واحد قال
والروية اي تفسخ بخيار الروية ايضا وقال الشافعي لا يجوز استيجار ما لم يره
للجهالة قلنا الجهالة انما تمنع الجواز اذا كانت تفضي الى المنازعة وهذه
الجهالة لا تفضي اليها لانه اذا لم يوافقه يرده فلا يمنع الجواز ثم اذا راه ثبت له
خيار الفسخ لان العقد لا يتم الا بالتراضي ولا رضى بدون العلم وقد قال عليه
السلام من اشترى شيا لم يره فله الخيار اذا راه والاجارة شرا المنافع فيتناوله
ظاهر الحديث لفظا او دلالة قال وتفسخ بالعذر وهو عجز العاقد عن
المضي في موجبه اي موجب العقد الا بتحمل ضرر زايد لم يستحق به اي بالعقد
كمن استاجر رجلا ليقلع ضرسه فسكن الوجع او ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت
منه او حانوتا ليتجر فيه فافلس او اجر ولزمه دين بعيان او بيان او باقراره

ولا مال له سواه او استأجر دابة للسفر فبدا له منه لا للمكاري وقال الشافعي
لا تفسخ الاجارة بالاعذار الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان
ومذهب شريح ان الاجارة غير لازمة ولكل واحد منهما فسخها لانها اجيزت للضرورة
كالعارية ولا حاجة الى اثبات صفة اللزوم فينفرد كل واحد منهما بالفسخ من غير
عذر كالعارية قلنا هو عقد معاوضة فيلزم من الجانبين كالبيع ولانه اجيز
للحاجة لا يدل على عدم لزومه الا ترى ان السلم اجيز للحاجة ويلزم اذا وقع
بخلاف العارية فانها عقد تبرع فلا يلزم على ما بينا ثم المنافع غير مقبوضة
في الاجارة فصار العذر فيها كالعيب قبل القبض في البيع فينفسخ به اذ المعنى
يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد
وهذا هو معنى العذر وفي كل واحد من الامثلة التي ذكرها عذر ظاهر وفي المضي
فيها ضرر بين فوق ضرر العيب فيجوز له الفسخ وهذا لان جواز هذا العقد
للحاجة ولزومه لتوفر المنفعة على المتعاقدين فاذا آل الامر الى الضرر اخذنا
فيه بالقياس فقلنا العقد في حكم المضاف في حق المعقود عليه والاضافة في
عقود التمليكات تمنع اللزوم في الحال كالوصية وقال في الجامع الصغير وكل ما
ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يشير الى انه لا يحتاج فيه الى
قضاء القاضي لانه بمنزلة العيب في المبيع قبل القبض فينفرد العاقد بالفسخ
وفي الزيادات اذا الامر يرفع الى الحاكم ليفسخ الاجارة لانه فصل مجتهد فيه
فيتوقف على قضاء القاضي كالرجوع في الهبة قال شمس الائمة السرخسي والاصح
ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا ينفسخ والا فيفسخه وقال قاضي
خان والمحبوبي هو الاصح والعذر الظاهر مثل استيجار الحداد لقلع الضرس
ثم يسكن او الطباخ ليطبخ الوليمة ثم يخالع المراة وقوله او اجر ولزمه دين
اي اجر الدكان ثم لزمه دين لا يقدر على ايفائه الا من ثمن ما اجر واختلفوا في
كيفية فسخه فقال بعضهم يبيع الدار ولا ينفذ بيعه وينفسخ الاجارة ضمنا
لبيعه وقال بعضهم يفسخ الاجارة اولا ثم يبيع قوله ولزمه دين بعيان
او بيان او اقرار وانما ذكره ليتبين انه لا فرق في ثبوت الدين بين ان يكون
معاينة او بقيام بينة او باقرار لان الكل اذا بالحجة عذر لانه يحبس به فيتضرر
وقوله او استأجر دابة للسفر فبدا له منه لا للمكاري اي لو استأجر دابة
ليسافر عليها ثم بدا له ان يسافر يعذر ولو بدا للمكاري لا يعذر لان المكتري
بالسفر يلزمه مشقة وضرر وربما يفوت ما يأتي لاجله كالحج وطلب الغريم
والمكاري لا يلزمه ذلك الضرر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث على يد تلميذه
او اجيره وكذا لو مرض لما ذكرنا وروى الكرخي انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر

لان

لان غيره لا يشفق على دابته مثله وهو لا يمكنه الخروج بخلاف ما اذا لم يمرض
وعلى رواية الاصل ليس بعذر لما ذكرنا **قال** ولو احرق حصائد ارض مستأجرة
او مستعارة فاحترق شيء في ارض غيره لم يضمن لان هذا تسبب وشرط الضمان فيه
التعدي ولم يوجد فصار كما لو حفر بئرا في ملك نفسه فتلف به انسان بخلاف
ما اذا رمى سهما في ملكه فاصاب انسانا حيث يضمن لانه مباشر فلا يشترط فيه
التعدي لان المباشرة علة بنفسها فلا يبطل حكمها بعذر والتسبيب ليس بعلة فلا
بد من التعدي ليلتحق بالعلة واحراق الحصائد في ملكه مباح فلا يضاف
التلف اليه قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله هذا اذا كانت الرياح ساكنة
حين اوقد النار ثم تحركت لانه لا صنع له في تحركها واما اذا كانت الرياح مضطربة
ينبغي ان يضمن لانه يعلم انها لا تستقر فلا يعذر ويضمن وذكر في النهاية معزيا
الى المنتقى انه لو وضع جمرة في الطريق فاحرقت شيئا ضمن لانه متعد بالوضع
ولو رفعته الريح الى شيء فاحرقته لا يضمن لان الريح نسخت فعله ولو اخرج الحداد
الحديد من الكير في دكانه فوضعه على العلاة وضربه بمطرقة وخرج شرار النار
الى الطريق العامة واحرق شيئا ضمن ولو لم يضربه ولكن اخرج الريح شيئا واحرق
شيئا لم يضمن ولو سقى ارضه سقيا لا تحتمله الارض فتعدى الى ارض جاره ضمن
لانه لم يكن مستقصيا فيما فعل بل كان متعديا **قال** وان اقعد خياطا
او صباغا في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف صح وهذا استحسان والقياس
ان لا يصح لان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل اجيره بالنصف
وهو مجهول ولان الاجر بعض ما يخرج من العمل فصار كقفيز الطحان وان كان
المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك
مجهول ايضا وجه الاستحسان ان هذه شركة الصنائع وليست باجارة لان
تفسير شركة الصنائع ان يكون العمل عليهما وان كان احدهما يتولى العمل بحذاقته
والاخر يتولى القبول بوجاهته واذا وجدنا له سبيلا الى الجواز وهو متعارف
وجب القول بصحته فيكون العمل واجبا عليهما والقبول جائزا لهما اذ ليس في
كلامهما ما يخصص احدهما بالتقبل والاخر بالعمل وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل
على نفي ما عداه فامكننا اثبات الشركة في التقبل والعمل اقتضاء ولو
صرحا بشركة التقبل بعمل احدهما ما تقبله صاحبه او ما قبله بنفسه ولم يعمل
الاخر لعذر به من مرض ونحوه كان الاجر بينهما على ما عرف في موضعه فكذا هنا
وقول صاحب الهداية هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل
وهذا بحذاقته يعمل فيه نوع اشكال فان تفسير شركة الوجوه ان يشتركا
على ان يشتريا شيئا بوجوههما ويبيعا وليس في هذه بيع ولا شراء فكيف يتصور

ان يكون شركة الوجوه وانما هي شركة الصنايع على ما بينا قال وان استاجر
جملا ليحمل عليه محملا وراكبين الى مكة صح وله المحمل المعتاد والقياس ان لا يجوز
وهو قول الشافعي لان المحمل مجهول فيفضي الى المنازعة وجه الاستحسان ان
المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة ترتفع بالصرف
الى المعتاد وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر وهو ما يلقيه الرجل على نفسه
والمراد ما يلقيه الراكب على نفسه قال ورويته احب اي روية المكاري المحمل
اجود لانه ابعد من الجهالة واقرب الى العلم بتحقق الرضى به قال وللمقدار
زاد فاكل منه رد عوضه اي ان استاجر جملا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في
الطريق رد عوض ما اكل وقال بعض اصحاب الشافعي ليس له ان يرد عوض ما اكل
لان عرف المسافرين انهم ياكلون الزاد ولا يردون بدله والمطلق يحمل على المتعارف
بخلاف الماء حيث يكون له الرد اذا نفد ما عنده لان العرف بينهم جرى برده عند
نفاده ولنا انه استحق عليه حملا مقدرا في جميع الطريق فله ان يستوفيه
وصار كالماء والعرف مشترك فان بعض المسافرين يردون فلا يلزم تعارف البعض
او يحمل فعل من لا يرد على انهم استغنوا عنه فلا يلزم حجة ولهذا يرده بعضهم
وهم المحتاجون اليه قال وتصح الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة
والمضاربة والوكالة والكفالة والايصاء والوصية والقضاء والامارة
والطلاق والعتاق والوقف مضافا اي مضافا الى الزمان المستقبل
لان الاجارة تتضمن تمليك المنافع والمنافع لا يتصور وجودها في الحال فتكون
مضافة ضرورة ولهذا قلنا ينعقد ساعة فساعة على حسب وجود المنفعة
وحدوثها على ما بيناه في اول الكتاب وهذا هو معنى الاضافة وفسخها معتبر بها
فيجوز مضافا فيه الا ترى ان البيع لما لم يجز اضافته لا يجوز في فسخه ايضا اضافته
الى الزمان وهو الاقالة لانه معتبر به والمزارعة والمعاملة وهي المساقاة
اجارة لان من يجيزهما يجيزهما على انهما اجارة فيجوز مضافا فيهما لما ذكرنا والمضاربة
والوكالة من باب الاطلاق وكل ذلك يجوز مضافا فيه على ما نبينه والكفالة
التزام المال ابتداء فيجوز مضافا فيها وتعليقها بالشرط كالنذر لكن فيها تمليك
المطالبة فلا يجوز تعليقها مطلقا بالشرط بل بشرط ملائم بخلاف الوكالة
فانها يجوز تعليقها مطلقا بالشرط اذا كان متعارفا والايصاء هو اقامة الشخص
مقام نفسه في التصرف بعد الموت والوصية هي تمليك المال بعد الموت ولا
يكونان الا مضافا فهي اذ الايصاء في الحال لا يتصور الا اذا جعل مجازا عن الوكالة
والقضاء والامارة يجوز تعليقهما بالشرط واضافتهما الى الزمان لانهما ولاية
وتفويض محض فجاز تعليقهما بالشرط الا ترى انه عليه السلام امر زيد بن حارثة

ثم قال ان قتل زيد فجعفر وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة رواه البخاري •
قال لا البيع والاجازة وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح •
والرجعة والصلح عن مال وابراء الدين يعني هذه الاشياء لا تجوز مضافا فيها
الى الزمان المستقبل لانها تمليك وقد امكن تنجيزها للحال فلا حاجة الى
الاضافة بخلاف الفصل الاول لان الاجارة وما شاكلها لا يمكن تمليكه للحال
وكذا الوصية واما الامارة والقضا فمن باب الولاية والكفالة من باب
الالتزام وقد بيناه في البيوع

كتاب المكاتب

قال رحمه الله الكتابة تحرير المملوك يدا في الحال ورقبة في المآل هذا
في الشرع وفي اللغة مدار هذا اللفظ على الجمع ومنه كتبت البغل والقربة
اذا خرزتها والكتب الخرز الواحد كتبة ومنه كتبت البغلة اذا جمع بين شفريها
بحلقة والكتيبة الطائفة من الجيش مجتمعة وسمي هذا العقد كتابة ومكاتبة
لان فيه ضم حرية اليد الى حرية الرقبة او لان فيه جمعا بين نجمين فصاعدا او
لان كلا منهما يكتب الوثيقة وهو الظاهر ثم شرط الكتابة ان يكون الرق قائما بالمحل
وان يكون البدل معلوم القدر والجنس وسببها رغبة المولى في بدل الكتابة عاجلا
وفي ثواب العتق اجلا ورغبة العبد في الحرية واحكامها حالا او مآلا وركنها
الايجاب والقبول وحكمها من جانب العبد فكاك الحجر وثبوت حرية اليد في الحال
حتى يكون العبد احق بنفسه وكسبه ويجب الضمان على المولى بالجناية عليه
او على ماله وثبوت حقيقة الحرية عند الاداء ولهذا يقال المكاتب طار عن
ذل العبودية ولم ينزل في ساحة الحرية فصار كالنعامة ان استطير تباعر
وان استحمل تطاير ومن جانب المولى ثبوت ولاية المطالبة بالبدل للحال وثبوت
حقيقة الملك عند الاداء والفاظها ان يقول كاتبتك على كذا او ما يؤدي معنى
ذلك قال كاتب مملوكا ولو صغيرا يعقل بمال حال او مؤجل او منجم وقبل
صح لقوله تعالى والذين يبتغون الكتاب مما ملكت ايمانكم فكاتبوهم ان علمتم
فيهم خيرا الآية مطلقة فيتناول جميع ما ذكرنا من الحال والمؤجل والصغير والكبير
وكل من يتاتى منه الطلب وقال الشافعي لا يجوز كتابة الصغير ولا الكتابة
الحالة اما الاول فلان الصغير ليس باهل للتصرف وهذا بناء على مسئلة الاذن
للصبي في التجارة فانه لا يجوز عنده وعندنا يجوز لانه تصرف نافع وظاهر الآية
يشهد لنا لان الابتغاء المذكور في الآية يتحقق منه اذ الكلام في صبي يعقل
واما الثاني فلانه عاجز عن تسليم المعقود عليه لانه مملوك لا يقدر على شيء
وفي زمان قليل لا يمكنه التحصيل فلا يجوز الا منجما واقله نجمان ليتمكن من
التحصيل اذ القدرة على التسليم شرط لصحة العقد الا ترى ان السلم الحال

بسطلها فالمقارن اولى بخلاف السلم الحال حيث يجوز على اصله لان العاقد
فيه اهل للملك قبل العقد فالظاهر انه قادر على ان ما التزم او اقدامه
على العقد يدل على ذلك فيجوز ولنا اطلاق ما تلونا فانه يتناول الحال
والموجل فلا يجوز تقييده لانه نسخ على ما عرف في موضعه ولان البدل
في الكتابة معقود به كالثمن في البيع حتى صح الاستبدال به قبل القبض
والقدرة على تسليم الثمن ليست بشرط لصحة العقد فان من ليس عنده
شي يجوز ان يشتري ما شاء بخلاف السلم على اصلنا فان المسلم فيه
معقود عليه ولا يجوز العقد على المعدوم وجعلنا الاجل عوضا عما فات
من القدرة لتمكنه التحصيل في المدة ولان الكتابة عقد ارفاق فالظاهر
انه لا يواخذ الطالب اذا توجهت له المطالبة كرهه في الحال ولان اعساره
في الحال لا يدل على استمراره بل يجوز ان يملك في المجلس اضعاف بدل الكتابة
ولان المال غاد ورائح فلا يمتنع منه الجواز ولان عقود المداينة معتمد صحتها
الاهلية دون القدرة على قضائه حتى جاز لمن لا يملك شيئا ان يشتري بجملة بخلاف
البيع لان القدرة على تسليمه شرط ولهذا جاز ان يكون موجودا معينا
الا في السلم لما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص
في السلم وانما اشترط قبول العبد لانه يلزمه المال فلا بد من التزامه
والامر في الاية للندب عند الفقهاء حتى لا يجب على المولى ان يكاتب عبده
وقال داود الظاهري يجب عليه اذا طلب العبد ذلك وعلم المولى فيه
الخير لان الله تعالى امر به والامر للوجوب وقال بعضهم هو للاباحة
واشتراط علم الخير فيه خرج على وفاق العادة فان العادة جرت على انه
لا يكاتب الا اذا علم فيه الخير وقد يكون الامر للاباحة لقوله تعالى واذا
حللتم فاصطادوا قلنا الامر قد يكون للندب وهو الظاهر هنا بدليل
ما بعده من قوله تعالى واتوهم من مال الله الذي اتاكم فانه للندب فكذا
الكتابة قال شمس الائمة وحمله على الاباحة ليس بقوي عندي لانه يودي
الى انه لا فائدة في ذكر الشرط لان الكتابة جائزة وان لم يعلم فيه الخير
وكلام الله تعالى منزه عن مثله ولا يكون لغير فائدة اصلا فيكون التعليق
بالشرط مفيدا للندبية يعني يستحب له ان يكاتبه اذا طلب العبد وعلم
المولى فيه الخير وهو نظير قوله عز وجل ومن لم يستطع منكم طولا ان
ينكح المحصنات المومنات فمما ملكت ايمانكم الاية فان تعليقه بعدم القدرة
على الحرة للندب حتى لو تزوج امة مع القدرة على الحرة جاز لما عرف في موضعه
والمراد بالخير المذكور في الاية هو ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق وان كان

بعضهم

بعضهم فالافضل ان لا يكاتبه ولو فعل جاز وقيل الوفاء واداء الامانة
والصلاح وقيل المال والخير يراد به المال قال الله تعالى ان ترك خيرا
اي مالا وقوله وما تنفقوا من خير اي مال وهو ان يكون كسوبا يقدر على اداء البدل
ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي
عليه من مكاتبته درهم رواه ابو داود وقال عليه السلام ايما عبد كوتب
على مائة اوقية فاداها الا عشر اوقيات فهو رقيق رواه ابو داود والترمذي
واحمد وغيرهم ولان المولى لم يسلم له العوض فلا يسلم للعبد المعوض لان
العقد يقتضي المساواة واختلفت الصحابة رضي الله عنهم فيه فمذهب
علي رضي الله عنه انه يعتق بقدر ما ادى اعتبارا للجزء بالكل وبه يستويان
فيما سلم لتمام البدل ومذهب ابن مسعود انه يعتق اذا ادى قدر قيمته
لانه يقوم مقامه ويندفع به الضرر عن المولى والباقي دين في ذمته ومذهب
ابن عباس انه يعتق بنفس العقد ويكون البدل دينا في ذمته فانه جعل
الكتابة واردة على الذمة كالعتق ومذهب زيد بن ثابت انه لا يعتق منه
شي حتى يودي الكل وبه اخذ علماء الامصار لما روينا وقد ثبت له بعض احكام
الحرية على ما بيناه ولا حاجة الى اثبات الحرية ويعتق العبد باداء
البدل وان لم يقل له المولى اذا اديته الي فانت حر وقال الشافعي لا يعتق
الا اذا قال له ذلك لان الكتابة ليس فيها الا ضرب المال على عبده منجما
وذلك لا يوجب العتق عند الاداء فلا بد من تعليق العتق بالاداء ليقع
العتق عنده قلنا موجب الكتابة هو العتق عند الاداء لانها تنبي عن الجمع
وهو الجمع لحرية اليد الى حرية الرقبة عند الاداء وما قاله الشافعي انها
عبارة عن ضم نجم الى نجم لا يستقيم لانه لو ضرب على عبده مالا على نجوم لا يسمى
مكاتبا ولا يثبت له شي من احكام الكتابة حتى يجوز بيعه ويمنعه عن التصرف
ويملك اخذ كسبه بلا اذنه ولانا نقول لا اثر للتعليق في ثبوت احكام الكتابة
الا ترى انه اذا علقه بشرط اخر لا يثبت له شي من احكامها وكذا اذا علقه
باداء المال بان قال اذا اديت الي الفا فانت حر فعلم بذلك ان هذه الاحكام
تثبت بعقد الكتابة فكذا العتق يثبت به عند الاداء لان حكم العقد
يثبت من غير تنصيص عليه كما في سائر العقود وكان القياس ان يعتق بمجرد
العقد لان حكم العقد يثبت عقيبه لكن تركناه لما روينا ولانه لو عتق
كان المولى يتضرر بخروج عبده عن ملكه بعوض في ذمة المفلس فلا يصار اليه
ونظيره ما قلنا في الاجارة لما لم يمكن ملك المنفعة في الحال تاخر ملك البدل
ايضا اعتبارا للمساواة بينهما ولا يجب عليه حط شي من بدل الكتابة وقال

الشافعي رحمه الله يجب عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان لقوله تعالى وآتوهم
من مال الله الذي آتاكم امر وهو للوجوب ولنا ان العقد يوجب البدل فلا
يجوز ان يكون موجبا اسقاطه اذ العقد لا يقتضي شيئا وضده كسائر عقود
المعاوضة ولو كان واجبا لوجب في البدل الاول لذلك لان العقد يقتضي
المساواة بينهما والمراد بالامر في الآية الندب دون الحتم بدليل ما تقدم
من الامر بالكتابة فانه للندب فكذا هذا او نقول هذا من باب الاستدلال بالقران
في النظم مثل قوله تعالى واقيموا الصلاة واتوا الزكاة لان تلك الآية
مشتملة على كلمتين مستقلتين لا ارتباط لاحدهما بالاخرى فلا يجوز ان يستدل
بحكم احداهما على حكم الاخرى اما هاهنا فالثانية مرتبطة بالاولى اذ البدل المأمور
به في الاولى هو البدل المأمور به في الثانية وعن الكلبي المراد بالايتاء
دفع الصدقة اليهم رواه جماعة من الصحابة رضي الله عنهم ولفظ الايتاء يدل
عليه لانه للتمليك لا للحط فعلى هذا يجوز ان يكون المراد به هو دفع الزكاة
اليهم بل هو الظاهر لانهم المراد بقوله تعالى وفي الرقاب في آية الصدقات
ويجوز ان يراد به دفع الصدقة اليهم بعد الاداء لانهم من جملة فقراء المسلمين
كان ذلك ممكن لان الواو في الآية لا يقتضي الترتيب والقران قال وكذا
اذا قال جعلت عليك الفا تؤديه نجوما اول النجم كذا وآخره كذا فاذا
اديته فانت حر والا فقن يعني يكون مكاتبا به لان النجوم فصول الاداء وله
ان يضرب على عبده ما شاء من المال فيما شاء من المدة وقوله بعد ذلك ان اديته
فانت حر هو تعليق العتق باداء المال وهو لا يوجب الكتابة وجه الاستحسان
ان العبرة للمعاني دون الالفاظ حتى كانت المضاربة بشرط ان يكون
الربح كله للمضارب قرضا وبشرط ان يكون لرب المال بضاعة وقد اتى
بمعنى الكتابة هنا مفسرا فينعقد به كما اذا اطلق الكتابة بل اولى
لان المفسر اقوى وقوله اذا اديته فانت حر لا بد منه لان ما قبله محتمل
يحتمل الكتابة ويحتمل الضريبة وبه تترجح جهة الكتابة وقوله والا فقن
اي ان لم تؤده فانت رقيق فضلة من الكلام غير محتاج اليه فلا يحتاج
اليه في الكتابة ولو قال له اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فهي مكاتبة
في رواية ابي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب ولا يجب على العبد
شيء الا بالكتابة فيعلم بذلك انه مقصود المولى الكتابة ولان
التقسيط للتخفيف والتخفيف لا يكون الا بعد الوجوب وذلك بالكتابة
وفي رواية ابي حفص ليست بمكاتبة بل تكون اذنا اعتبارا بالتعليق
بالاداء بدفعة واحدة والتنجيم ليس من خصائص الكتابة حتى تجعل

تفسيرا

تفسيرا لانه يدخل في سائر الديون وقد تحملوا الكتابة عنه فلم يوجد ما
يختص بالكتابة فلا يكون مكاتبا وهو الاصح قال فيخرج من يد المولى اي اذا
صحت الكتابة يخرج المكاتب من يد المولى لان موجب الكتابة مالكية اليد
في حق المكاتب ولهذا لا يكون للمولى منعه من الخروج والسفر ولو شرط في
الكتابة ان لا يخرج من البلد لا يصح الشرط لان المقصود من الكتابة ان يمكن
من اداء المال بالتكسب وقد لا يتمكن من ذلك الا بالخروج فيطلق له الخروج
قال دون ملكه اي لا يخرج من ملك المولى لما روينا ولانها عقد معاوضة
فيقتضي المساواة بين المتعاقدين واصل البدل يجب للمولى في ذمة العبد
بالعقد لكنه ضعيف لا يتم ملكه فيه الا بالقبض لان ثبوته في ذمته مع المنافي
اذ المولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا لا يصح الكفالة به فثبت للعبد
مقابلته مالكية ضعيفة ايضا فاذا تم للمولى الملك بالقبض تم المالكية
للعبد ايضا وتمام المالكية لا يكون الا بالعتق فيعتق لضرورة المالكية
فيتحقق المساواة بذلك ابتداء وانتهاء ولو اعتقه المولى عتق بعتقه
لبقاء ملكه فيه وسقط عنه بدل الكتابة لانه لم يلتزمه مجانا وانما التزمه
مقابلا بالعتق وقد حصل بدونه قال وغرم ان وطئ مكاتبته او جنى عليها
او على ولدها او اتلف مالها لانها بعقد الكتابة خرجت من يد المولى وصار المولى
كالاجنبي فصارت احق بنفسها وبكسبها لتتوصل الى المقصود بالكتابة
وهي حصول الحرية لها والبدل للمولى بناء على كونها احق بمالها ونفسها
ولولا ذلك لاتلف المولى ما في يدها ولم يحصل لها الغرض المبتغى بالكتابة
ومنافع البضع تلحق بالاجزاء فتجب عليه بعوضه وهو العقر عند اتلافه
بالوطء واندفع الحد للشبهة قال وان كاتبه على خمر او خنزير او قيمته
او عين لغيره او بما لم يستبد عليه وصفها فسد اما الكتابة على الخمر
او الخنزير فلانه ليس بمال في حق المسلم فلا يصلح عوضا فيفسد العقد
وهذا لان تسمية ما ليس بمتقوم في عقد يحتاج فيه الى تسمية البدل لصحته
يوجب فساد العقد كالبيع بخلاف النكاح حيث لا يفسد بتسمية الخمر او
الخنزير لانه لا يحتاج لصحته الى تسمية حتى يجوز النكاح بلا تسمية المهر
ومع نفيه فكذا اذا سمى ما لا يصلح مهرا لان وجوده كعدمه واما اذا كاتبه
على قيمة نفسه فلانها مجهولة القدر اذ هي تختلف باختلاف المقومين
وكذا جنسها مجهول لان القيمة تعتبر بجنس الثمن وهو النقدان ولم يتعين
واحد منها فتفسد لتفاحش الجهالة كما اذا كاتبه على ثوب او دابة لان الثوب
والدابة اجناس مختلفة وما هو مجهول الجنس لا يثبت في الذمة اصلا

حتى في النكاح ولان موجب الكتابة الفاسدة القيمة فالتنصيص عليها
تنصيص على موجب العقد الفاسد فيكون فاسدا ولا يقال لو كاتبه على
عبد يجوز ويجب عليه عبد وسط او قيمته حتى لو اتى بقيمته يجبر المولى على
قبولها ولو كانت الكتابة على القيمة فاسدة لما صح ذلك لانا نقول القيمة
في مسئلة الكتاب لو وجبت لوجبت قصدا وهي مجهولة فلا يمكن ايجابها قصدا
وفيما اذا كاتبه على عبد يجب حكما لا قصدا وكم من شيء يثبت حكما لغيره وان كان
لا يثبت قصدا الا ترى ان الاضحية بالحمل لا تجوز وتجوز تبعا لامه وكذا
بيع الجنين لا يجوز ويجوز تبعا لامه واما اذا كاتبه على عين لغيره فلانه لا يقدر
له على تسليمه والمراد به شيء يتعين بالتعيين كالثوب والعبد وغيرهما من
المكيل والموزون غير النقدين حتى لو كاتبه على دراهم او دنانير بعينها
وهي لغيره يجوز الكتابة لان النقود لا تتعين بالتعيين في العقود التي
هي معاوضة ولا في غير غصوبها وانما يجب مثلها في الذمة وروى الحسن عن
ابي حنيفة ان الكتابة على عين الغير جائزة حتى لو ملكها العبد وسلمها الى
المولى عتق وان عجز رد في الرق لان المسمى مال متقوم والقدرة على التسليم
موهومة فصار كالمهر وجه ظاهر الرواية ان العين في المعاوضات
معقود عليها والقدرة على تسليم المعقود عليه شرط الصحة في العقود
التي تحتمل الفسخ وتسليم تلك العين ليس في قدرة العبد فلا يصح تسميته
بخلاف ما اذا كان البدل غير عين لانه معقود به فلا تشترط القدرة عليه
ولهذا جوزنا الكتابة الحالة وبخلاف النكاح لان القدرة على ما هو
المقصود بالنكاح وهو تسليم منافع البضع ليس بشرط حتى لو تزوج صغيرة
رضيعة جاز فعلى ما هو تابع فيه وهو الصداق اولى انه لا يشترط فيه القدرة
ولهذا جاز مع نفي الصداق ايضا ولان الكتابة شرعت على وجه يختص
المكاتب بمكاسبه فيثبت له حرية اليد في الحال وتتراخى حرية الرقبة الى
وقت الاداء فلو جاز هذا لثبت حرية اليد والرقبة في حالة واحدة لا على
وجه التعاقب فيكون اعتاقا ببدل ولا يكون كتابة لان الكتابة
شرعت لاثبات الحريتين على التعاقب واذا لم يحصلا لم ينعقد اصلا
لان كل عقد لا يحصل فيه مقصوده لا ينعقد ولانها لو جازت هذه الكتابة
لكان الاداء من مال المولى اذ الاجازة تستند الى العقد فيصير العين
من اكسابه وقت العقد وكسبه وقت العقد ملك له فكانت الكتابة
على مال المولى لا من كسب العبد بعد العقد فلا يجوز وانما قلنا ذلك
لان العقد يصير مستغرقا للعين من وقت العقد فيدخل في ملك المولى

ضرورة

ضرورة ولو اجاز صاحب العين ذلك روي عن محمد رحمه الله انه يجوز لانه
لو اشترى به شيئا يجوز بالاجازة مع انه مبني على المماكسة فالكتابة اولى
ان يجوز لكونها مبنية على المسامحة والمساهلة وعن ابي حنيفة انه لا يجوز
لانه لا يفيد للمكاتب ملك كسبه وهو المقصود بالكتابة لانها شرعت للحاجة الى
الاداء من المكاسب ولا حاجة اذا كان البدل عينا لانه ينعدم به مقصود الكتابة
على ما بينا وعن ابي يوسف انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير انه عند الاجازة
يجب تسليم العين وعند عدم الاجازة يجب عليه تسليم قيمة العين كما في النكاح
وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه اذا ملك ذلك العين فادى
لم يعتق الا ان يكون المولى قال له اذا اديت الي تلك العين فانت حر فحينئذ
يعتق بحكم التعليق وذكر في اختلاف زفر ويعقوب ان قول زفر كذلك
وهي رواية الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف رحمه الله وروى صاحب الاملاء
عن ابي يوسف انه يعتق بالاداء قال له المولى ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد
مع الفساد لكون المسمى مالا متقوما وقد وجد الاداء فيعتق كما اذا كاتبه
على خمر فاداها ووجه قول ابي حنيفة ان ملك العين لم يصر بدلا في هذا العقد
بتسميته لانه لا يقدر على تسليمه فلا ينعقد العقد اصلا فيعتق ان ادى
باعتبار صريح التعليق واذا لم يصرح لا يعتق كما لو كاتبه على ثوب او ميتة وان
كاتبه على عين في يد المكاتب وهو من كسبه بان كان مأذونا له في التجارة ففيه
روايتان في رواية يجوز لانه كاتبه على بدل معلوم يقدر على تسليمه وفي رواية
لا يجوز لان المولى كاتبه على ماله اذ الكلام في عين ما اكتسبه من قبل
ولو كاتبه على دراهم في يد العبد يجوز باتفاق الروايات لانها لا تتعين
في العقود المعاوضة واما اذا كاتبه على مائة دينار على ان يرد عليه سيده عبدا
وصيفا فالمذكور هنا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف تجوز الكتابة
وتقسم المائة على قيمة المكاتب وعلى قيمة وصيف وسط فما اصاب الوصيف
يسقط عنه ويكون مكاتبا بما بقي لان كل ما جاز ايراد العقد عليه جاز استثناؤه
من عقد الكتابة لان جهالة المستثنى منه بقدر جهالة الباقي لا يمنع صحة التسمية
ولهما ان بدل الكتابة مجهول القدر فلا يصح كما اذا كاتبه على قيمة الوصيف
وهذا لان الوصيف لا يمكن استثناؤه من الدنانير الا باعتبار القيمة وتسمية
القيمة تفسد العقد كما بينا فكذا استثناؤها لما عرف ان الاستثناء معتبر
بالتسمية على معنى ان كل ما يصلح تسميته يصلح استثناؤه وما لا فلا فكانت هذه
الجهالة مفسدة ولان هذا عقد يشتمل على بيع وكتابة لان ما كان من الدنانير
بازاء الوصيف الذي رده المولى بيع وما كان منها بازاء رقبته فهو كتابة

فيبطل لجهالة الثمن والمثمن وكذا الكتابة ولانها لو جازت على هذا الوجه
لجازت بالحصة ابتداء ولانه صفقة في بيع في كتابة فلا يجوز للنهي عنهما
قال فان ادى الخمر عتق لان العقد ينعقد وان كان فاسدا فيعتق باداء
وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل في الكتابة الفاسدة هو
القيمة فيعتق باداءه ولا يعتق باداء ما ليس ببدل هكذا ذكره في الكافي وعزاه
الى المبسوط والذخيرة وكذا ذكر في الهداية وفي بعض نسخ الهداية وقال
زفر لا يعتق الا باداء قيمة الخمر وهو غلط من الكاتب وعن ابي يوسف انه يعتق
باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى
وعن ابي حنيفة ومحمد انه يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت
حر باعتبار انه معلق بالشرط وقد وجد الشرط فصار نظير ما لو كاتبه على
ميتة او دم فانه لا يعتق الا في صورة التعليق بها نصا وفي ظاهر الرواية
يعتق باداء الخمر وكذا الخنزير والفرق بينهما وبين الميتة والدم ان الخمر والخنزير
مال في الجملة وان لم يكن لها قيمة في حق المسلمين فانعقد بهما العقد وهو
موجب لانعقاد العتق عند اداء البدل المشروط واما الميتة والدم فليسا
بمال اصلا عند احد فلم ينعقد العقد بهما فاعتبر فيهما معنى الشرط ولا يعتبر ذلك
بالتعليق صريحا قال وسعى في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد
العقد وقد تعذر الرد بالعتق فيجب عليه رد قيمته كما في البيع الفاسد
اذا اعتق المشتري المبيع او تلف في يده قال ولا ينقص من المسمى
ويزاد عليه لانه عقد فاسد فيجب فيه القيمة بالغة ما بلغت كما في البيع
الفاسد غير ان المولى لم يرض ان يعتقه باقل مما سماه فلا ينقص منه
ان نقصت قيمته من المسمى والعبد يرضى بالزيادة حتى ينال شرف الحرية
فيزاد عليه اذا زادت القيمة على المسمى فيما اذا كاتبه على قيمته يعتق
باداء القيمة لانه هو البدل في الفاسد ذكرها او لم يذكرها فالحكم باعتبار
معنى العقد فيه وان الجهالة في الفساد دافعة في ابطال العقد بخلاف
ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب لانه يختلف اختلافا فاحشا
لا يوقف على مراد المولى فكانت الكتابة باطلة فلا يعتبر اصلا حتى لو ادى
قيمته ايضا لا يعتق الا اذا علقه به قصدا بان قال ان اديت الي ثوبا
فانت حر فحينئذ يعتق باداء ثوب لانه تعليق صريح فصار من باب الايمان
وهي تنعقد مع الجهالة فينصرف الى ما ينطلق عليه اسم الثوب والكتابة
معاوضة فيمتنع بالجهالة الفاحشة وما فيه من معنى اليمين تابع لانه
ثبت في ضمن المعاوضة فيبطل ببطلان المعاوضة فلا يعتبر اصلا والاصل

فيه

فيه عند علمائنا الثلاثة ان المسمى متى كان شيئا لا يصلح عوضا لجهالة القدر
او لجهالة الجنس فان العبد لا يعتق باداء المسمى ولا باداء القيمة اذ لا
ينعقد هذا العقد اصلا لا على المسمى ولا على القيمة وهذا لان عتق المكاتب
معلق باداء العوض وليس بمعلق مطلقا لا اداء فاذا كان المسمى يصلح عوضا
كونه لا يتعلق به وان كان يصلح عوضا يتعلق به كالقيمة فانها معلومة
من وجه وتصير معلومة من كل وجه عند الاداء حتى تصير معلومة القدر
والجنس والصفة ولهذا يصير لها ضمان العدوان وضمان العقود اذا
فسدت التسمية قال ويصح على حيوان غير موصوف اي يصح عقد الكتابة
على حيوان اذا بين جنسه لا نوعه وصفته كالعبد والوصيف وينصرف
الى الوسط ويجبر المولى على قبول القيمة كما يجبر على قبول العين لان كل واحد
اصل فالعين اصل تسمية والقيمة ايضا اصل لان الوسط لا يعلم الا بها
فاستويا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز هذا العقد لان المسمى فيه مجهول
وصفا وكما لو لم يسم جنسه بان كان كاتبه على دابة او دار او ثوب وكالبيع
والجامع كونهما معاوضة لا تصحان الا بتسمية البدل ولنا ما روي عن ابن
عمر رضي الله عنه انه اجاز الكتابة على الوصيف ولانها مبنية على المسامحة
والمساهلة فلا تفسد التسمية بالجهالة اليسيرة في البدل كالنكاح وصار
كالجهالة في الاجل فانه اذا كاتبه على الف الى القطاف ونحوه كالحصاد صح
لما ذكرنا بخلاف البيع لانه مبني على المضايقة والمماكسة وهي معاوضة
مال بمال من كل وجه والكتابة معاوضة بغير مال في الابتداء اذ البدل
مقابل بالحجر ابتداء وهو ليس بمال وفي الانتهاء وان كان معاوضة مال بمال
لكونه يقابل الرقبة لكن على وجه يسقط الملك عنه لكون العبد لا يملك
مالية نفسه فشابه النكاح وبخلاف ما اذا كاتبه على دابة او نحوها لان
الجهالة فاحشة فيه فلا ينعقد اصلا على ما بينا وبخلاف ما اذا كاتبه
على قيمته حيث تفسد وتجب فيه القيمة والفرق ان الجهالة في القيمة
جهالة في القدر والجنس والوصف في الحال والجهالة في العبد جهالة في
الوصف دون القدر والجنس فخفت الجهالة ولهذا لو كاتبه على قيمة عبد
لا يجوز لما ذكرنا وعلى عبد يجوز لما بينا فعلم مما ذكرنا ان جهالة الوصف لا تمنع
الصحة في معاوضة مال بغير مال وجهالة الجنس منعته لا تمنع في الكل قال
او كاتب كافر عبده الكافر على خمر معين صح هذا لان الخمر مال متقوم في
حقهم كالعصير في حق المسلم فيصح تسميته اذا كان المسمى معلوما واحترز
بقوله عبده الكافر عن عبده المسلم فانه يقع فاسدا وتجب فيه القيمة على ما

بينا فيما اذا كان المولى مسلما قال وإن اسلم فله قيمة الخمر لان المسلم ممنوع
عن تمليك الخمر وتملكها وفي تسليم عين الخمر تمليكها وتملكها اذ المولى لم يملكها
قبل التسليم لكونها موصوفة في الذمة والقبض يرد على معين فيكون
غيرها ورد عليه العقد فيكون تملكا من العبد وتملكا من المولى في الحال
عوضا عما في الذمة فلا يجوز في حق المسلم فعجز عن تسليم الخمر فوجب المصير
الى ايجاب قيمة الخمر لقيامها مقام المسمى ويكون الكتابة باقية على حالها
بخلاف ما اذا باع ذمي من ذمي بخمر ثم اسلم احدهما قبل القبض حيث يفسد البيع
عند بعضهم لان العقد يقع على ما يصلح بدلا في الجملة ففي الكتابة يصح ان
يكون القيمة بدلا في الجملة الا ترى انه اذا كاتبه على وصيف او نحوه يجوز
الكتابة وتجب القيمة وكأنه كاتبه على القيمة ولهذا اجبر المولى على قبول
القيمة فاذا جاز ان ينعقد على القيمة فاولى ان يبقى بخلاف البيع لانه لا ينعقد
على القيمة صحيحا اصلا فكذا لا يبقى عليها قال وعتق بقبضها اي بقبض
قيمة الخمر لان الكتابة عقد معاوضة وسلامة احد العوضين لاحدهما
يوجب سلامة العوض الاخر للاخر واذا ادى الخمر عتق ايضا لمعنى الكتابة
تعليق العتق باداء الخمر اذ هي المذكورة في العقد فصار كما لو كاتب المسلم
عبده على خمر فانه يعتق باداء الخمر او قيمته نفسه على ما مر قال في الكافي
هكذا ذكره بعض المشايخ كالقاضي ظهير الدين الشيرازي ونجم الدين الاوطس
والرصي والنيسابوري في شرح الجامع الصغير وفي شرح الطحاوي والتمرتاشي
لو ادى الخمر لا يعتق ولو ادى القيمة يعتق لان الكتابة انتقلت الى القيمة
ولم يبق الخمر بدلا في هذا العقد لانه انعقد صحيحا على الخمر ابتداء وبقي
بعد الاسلام على قيمتها صحيحا على حاله ولا يتصور بقاؤه صحيحا على الخمر
بعد الاسلام فخرجت الخمر ان يكون بدلا فيه من ورثة باداء غير البدل
لا يعتق بخلاف ما اذا كاتب المسلم عبده او كاتب الكافر عبده المسلم على خمر حيث
يعتق باداء الخمر لان العقد فيه انعقد فاسدا فيعتق باداء البدل المشروط
فيه لما فيه من معنى التعليق فيعتق باعتباره ويضمن لمولاه قيمته لانها
ليست بمال

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

قال رحمه الله للمكاتب البيع والشراء والسفر لان مقصود السيد من العقد
الوصول الى بدل الكتابة ومقصود العبد منه الوصول الى الحرية وذلك
انما يحصل بالبيع والشراء وقد لا يتفقان في الحضر فيحتاج الى الخروج الى
السفر ويملك البيع بالمحاباة لانه من عادة التجار يفعلون ذلك اظهارا
للمسامحة واستجلابا لقلوب الناس كي تكثر معاملوه فيكثر ربحه وتصرفاته

كلها تتصل الى مقصوده في ادنى مدة وقد يحابي في صفقة ليربح في اخرى قال
وان شرط ان لا يخرج من المصر هذا متصل بما قبله اي له ان يسافر وان شرط
المولى عليه ان لا يخرج من البلد لان هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة
لان مقتضاه مالكية اليد على وجه الاستبداد والاختصاص بنفسه
ومنافع نفسه واكتسابه وان لا يتحكم عليه احد وتحصيل المال باي وجه
شاء وذلك بان يتصرف كيف ما شاء ويتفرد به لان التحصيل يختلف باختلاف
الاوقات والاماكن خصوصا في السفر فانه مظنة التحصيل ومظنة الربح قال
الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله وكل شرط يمنعه
من ذلك فهو خلاف موجب العقد ومقصوده فيبطل هو دون العقد لان
الكتابة لا تبطل بالشرط الفاسد اما اذا كان داخلا في صلب العقد
لان الكتابة تشبه البيع من حيث انها تحتمل الفسخ قبل اداء البدل وتشبه
النكاح من حيث انها تحتمل الفسخ قبل اداء البدل وتشبه النكاح من حيث انها
لا تحتمل الفسخ بعد الاداء ولانها مبادلة مال بمال في حق المولى ومبادلة
مال بغير مال في حق العبد اذ لا يملك نفسه فتوفر على الشبهين حظهما فلشبهه
بالبيع يبطل بالشرط الفاسد اذا تمكن من صلب العقد وهو ان يكون
في البدل مثل ان يشترط خدمته او كتابته على خمر او خنزير ولشبهها بالنكاح
لا تبطل به اذا لم يتمكن في صلب العقد كاشتراطه ان لا يخرج من البلد او
لا يتجر بالنسيئة ونحو ذلك ولان الكتابة في جانب العبد تشبه الاعتاق
وهذا الشرط يختص بجانب العبد فاعتبر اعتاقا في هذا الشرط والاعتاق
لا يبطل بالشرط كما اذا اعتق عبده على انه سائبة يكون الشرط باطلا والاعتاق
صحيحا قال وتزويج امته لانه من باب الاكتساب لانه يملك المهر ويسقط
نفقتها عن نفسه وقد اطلق له باب الاكتساب فيملكه ضرورة بخلاف
تزويج المكاتبة نفسها حيث لا يجوز لها وان كان فيه اكتساب لان ملك
المولى باق فيها فيمنعها من الاستبداد بنفسها وفيه تعييبها وربما تعجز فيبقى
هذا العيب فيكون على المولى ضررا وليس مقصودها ايضا بتزويج نفسها
المال وانما مقصودها التحصين والاعقاب بخلاف تزويج امتها فان المقصود
منه كسب المال فيجوز لها كما يجوز للاب والوصي بخلاف العبد المأذون له
في التجارة والمضارب والشريك لانهم لا يملكون الا ما يكون من باب التجارة
والتزويج ليس منه فلا يملكونه قال وكتابة عبده وقال زفر والشافعي
ليس له ان يكاتب عبده لانه يؤول الى العتق وهو ليس له ان يعتق على مال
وكذا العقد لا يتضمن مثله ولهذا لا يجوز للوكيل ان يوكل ولا للمضارب

ان يضارب ولنا ان الكتابة عقد اكتساب للمال فيملكها كما يملك البيع وربما يكون
الكتابة انفع من البيع اذ البيع يزيل الملك بنفسه والكتابة لا تزيله الا بعد
وصول البدل اليه ولهذا يملكه الاب ووصيه وهو لا يملكه على ان العقد
يقتضي مثله وانما ملكه على ان الكتابة انفع من نفس العبد وقد بينا انه قد
يكون انفع من البيع لغيره فاذا جاز البيع فاولى ان يجوز الكتابة بخلاف
ما استشهد به من المسائل لانها لو جازت لجازت على ان العقد يقتضي مثله
اذ لا طريق لجوازها الا هو وبخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب تغير الحرية
مقصودا في الحال وهو لا يقدر على ذلك ولان فيه ازالة الملك عن العبد بدين
في ذمة المفلس فلا يملكه واذا العقد لا يقتضي ما هو مثله والاعتاق على مال
فوق الكتابة فاولى ان لا يملكه وكذا لا يملك تعليق العتق باداء المال لان
فيه اثبات الحرية مقصودا ولانه فوق الكتابة الا ترى انه لا يقبل النقض
والكتابة تقبله فلا يملكه وليس له ان يكاتب ولده ولا والديه ولا من دخلوا
في كتابته تبعا والمكاتب لا يكاتب ولانهم بمنزلة المملوكين للمولى حتى لا يجوز
له بيعهم وينفذ عتق المولى فيهم قال والولاء له ان ادى بعد عتقه اي
الولاء للمكاتب الاول ان ادى الثاني الكتابة بعد عتق الاول لان الولاء
لمن اعتق ومعتقه المكاتب الاول وهو اهل الولاء عند عتق الثاني وكان
ملكه تاما فيه عند ذلك فيثبت له الولاء ضرورة قال والا فللسيد
اي ان لم يؤد المكاتب الثاني المال الى المكاتب الاول بعد عتق الاول بل
اداه قبل ان يعتق كان الولاء للمولى لا للمكاتب الاول لانه تعذر جعل المكاتب
معتقا له لعدم اهلية الاعتاق فيخلفه فيه اقرب الناس اليه وهو مولاه
كما اذا اشترى العبد المأذون له شيئا فانه لا يملكه لعدم الاهلية ويخلفه
فيه مولاه لانه اقرب الناس اليه وهذا لان له فيه نوع ملك والعتقه
ضرب اتصاف الى تصرفه كاستفادته بسببه فجعل المكاتب كالنائب عن مولاه
وفعل النائب ينتقل الى الاصل فيكون كانه اعتقه لان فعل نائبه ينتقل
اليه فيكون الولاء له ولو ادى الاول بعد ذلك لا ينتقل الولاء اليه لان
المولى جعل معتقا والولاء لا يتحول عن المعتق الى غيره بخلاف جر الولاء في ولد
الجارية فان مولى الجارية هناك ليس بمعتق مباشرة بل تسببا باعتبار
اعتاق الاصل وهي الام والاصل فيه ان الحكم لا يضاف الى المسبب الا عند
تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فاذا اعتق زالت
الضرورة فيتحول الولاء الى قوم الاب قال ولا التزوج بلا اذن اي لا يملك
التزوج بغير اذن مولاه لان فيه تعييب نفسه لما فيه من شغل ذمته بالمهر

والنفقة ولم يطلق له الا عقود توصله الى تحصيل مقصوده وهو كل عقد
فيه اكتساب المال وفي حق ما ليس فيه هو باق على الحجر وحكمه فيه كحكم العبد
المحجور عليه بخلاف تزويج امته لان فيه اكتساب المال على ما بيناه ويملك
التزوج باذن المولى لان الحجر لاجله لما ان ملكه باق فيه فيجوز باذنه فيما
لا غرض لخروجه عن ملك المولى بها ولثبوت ملكه في الرقبة قال والهبة
والتصدق الا بيسير لانهما تبرع وهو ليس من اهله الا ان اليسير منه من ضرورات
التجارة فيملك لان من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يهب
بعوض لانه تبرع ابتداء فلا يملكه قال والتكفل والاقراض لانهما
تبرع محض وليس من ضرورات التجارة ولا من باب الاكتساب فلا يملكه
ولا فرق في الكفالة بين ان يكون في المال او في النفس وبين ان يكون
بالامر او بغير الامر لان الكل تبرع قال والاعتاق عتق ولو بمال وبيع نفسه
منه لانه ليس باهل للاعتاق لان العتق لا يتحقق الا من المالك والمكاتب
لا يملك الرقبة فلا ينفذ عتقه ولو على مال لان فيه اسقاط الملك عن العبد
بمقابلة دين في ذمة المفلس فلا يكون من باب الاكتساب وقد بيناه وبيع
العبد من نفسه اعتاق على ما بيناه في الوكالة فلا يملكه قال وتزويج
عبده اي لا يملك تزويج عبده وكذا لا يوكل به لانه تعييب له وتنقيص ماليته
لكونه مشغلا لرقبته بالمهر ولكسبه بالنفقة وليس من باب الاكتساب
في شيء بخلاف تزويج الامة على ما بيناه قال والاب والوصي في
رقيق الصغير كالمكاتب ولا يملك مضارب ولا شريك شيئا منه لان الاب
والوصي يملكان الاكتساب كالمكاتب فيملكان ما يملك المكاتب من تزويج
الامة وكتابة مملوك الصغير والمضارب والشريك كالعنان والمفاوضة
لا يملكون الا التجارة والتزويج والكتابة ليستا منها وهذا لان التجارة
مبادلة المال بالمال والبضع ليس بمال وكذا الكتابة لان المال يقابل
بفك الحجر في الحال وهو ليس بمال فلا يملكونه بخلاف الاجارة فانها مبادلة
المال بالمال ولهذا لا يثبت فيها الحيوان دينا في الذمة بدلا عن المنافع
ولولا انها مال لم يثبت وكذا المنافع تصلح مهرا ولولا انها مال لما صلحت
لان الله تعالى شرع ابتغاء النكاح بالمال بقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم
ولم يشرعه بغير المال ثم الاصل فيه ان من كان تصرفه عاما في التجارة وغيرها
يملك تزويج الامة والكتابة كالاب والوصي والجد والمكاتب والقاضي
وامينه وكل من كان تصرفه خاصا في التجارة كالمضارب والشريك والماذون
له لا يملك تزويج الامة ولا الكتابة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف

يملكون تزويج الامة لان فيه منفعة على ما بيناه وجوابه انه ليس من باب التجارة
على ما بيناه فلا يملكونه وجعل في النهاية شريك المفاوضة كالمكاتب وجعله
في الكافي كالماذون له في التجارة ولكل وجه وجعله كالماذون اشبه
بالفقه **قال** ولو اشترى اباه او ابنه دخل في كتابته لان المكاتب
من اهل الكتابة وان لم يكن اهلا للعتق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة
بقدر الامكان وهذا لان المكاتب ليس بمالك رقبته والعتق يختص بمن
يملك الرقبة لقوله عليه السلام لا عتق الا فيما يملك ابن ادم فاذا تعذر
الاعتاق صار مكاتبا مثله للتعذر بخلاف الحر فانه يملك الرقبة ولا
تعذر في حقه فيعتق عليه سواء كان اهلا للاعتاق بان كان بالغا عاقلا
او كان صغيرا او مجنونا لان هذه الصلة وهي العتق يجب حقا للعبد فلا
يختلف بين ان يكون مخاطبا او لم يكن كنفقات الزوجات وذوي الارحام ثم
ذكر الاب والابن هنا وقع اتفاقا ولا يختص هذا الحكم بهما بل جميع من له به
قرابة الولاد يدخلون في كتابته تبعا له والاقوام دخولا الولد المولود
في الكتابة ثم الولد المشترى ثم الوالدان وعن هذا يتفاوتون في الاحكام
فان الولد المولود في الكتابة يكون حكمه كحكم ابيه حتى اذا مات ابوه ولم يترك
وفاء يسعى على نجوم ابيه والولد المشترى يؤدي بدل الكتابة حالا والا
رد في الرق والوالدان يردان في الرق اذا مات ولا يؤديان حالا ولا
مؤجلا وانما كان كذلك لان الولد المولود في الكتابة تبعيته ثابتة
بالملك والبعضية الثابتة حقيقة وقت العقد والولد المشترى
تبعيته ثابتة بالملك وبالبعضية بينهما حكما في حق العقد لا حقيقة في
حقه لان البعضية بينهما حقيقة بعد الانفصال والوالدان تبعيتهما
باعتبار الملك لا باعتبار البعضية فانهما ليسا ببعض له فاختلفت الاحكام
لذلك **قال** ولو اخاه ونحوه اي لو اشترى اخاه او غيره من محارمه
غير الولاد لا يتكاتب عليه وهذا عند ابي حنيفة وقالا يتكاتب عليه
لان وجوب الصلة يشمل القرابة المحرمة للنكاح ولهذا يعتق على الحر كل
ذي رحم محرم منه ويجب نفقتهم عليه ولا يرجع فيما وهبه لهم ولا يقطع يده
اذا سرق منهم الى غير ذلك من الاحكام المختصة بهم فكذا هذا الحكم ولابي
حنيفة رحمه الله ان للمكاتب كسبا وليس له ملك حقيقة لوجود ما ينافيه
وهو الرق ولهذا لو اشترى امراته لا يفسد نكاحه ويجوز دفع الزكاة
اليه ولو وجد كنزا فان الكسب يكفي للصلة في الولاد الا ترى ان القادر
على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرها حتى لا يخاطب

الاخ

الاخ بنفقة اخيه الا اذا كان موسرا والدخول في الكتابة بطريق الصلة
فيختص الوجوب بمحله لان هذه قرابة تشبه بني الاعمام في حق بعض الاحكام
كحل الحليلة وجريان القصاص من الجانبين وقبول الشهادة ودفع
الزكاة اليه وتشبه الولاد في حرمة المناكحة ووجوب النفقة وحرمة
الجمع بين شخصين منهم في النكاح فالحقناها بالولاد في العتق وببني
الاعمام في الكتابة توفيرا على الشبهين حظهما والعمل على هذا الوجه اولى
من العمل على عكسه لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة فان احد الشريكين
اذا اعتق نصيبه ليس للاخر ان يبطله ولو كاتبه كان له ان يبطله **قال**
ولو اشترى ام ولده مع ولده لم يجز بيعها اي لو اشترى ام ولده مع ولده منها لم يجز
له بيعها لان الولد لما دخل في كتابته امتنع بيعه لما ذكرناه فيتبعه امه فيه
فامتنع بيعها لانها تبع له قال عليه السلام اعتقها ولدها ولا يدخل في
كتابته حتى لا يعتق بعتقه ولم ينفسخ النكاح لانه لم يملكها فجاز له ان يطأها
بملك النكاح وكذا المكاتبة اذا اشترت زوجها غير انها لها ان تبيعه
كيف ما كان لان الحرية لم يثبت من جهتها على ما بيناه من قبل ولو ملكها بدون
ولد يبيعها عند ابي حنيفة وقالا ليس له ان يبيعها لانها ام ولد له فصار كالحر
اذا اشترى ام ولده وحدها بدونه ولابي حنيفة رحمه الله ان القياس
ان يجوز بيعها وان كان معها الولد لان كسب المكاتب موقوف بين ان يؤدي
فيتقرر له وبين ان يعجز فيتقرر للمولى فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ
وهو امومية الولد اذ لو تعلق به لكان كسب المكاتب غير محتمل للفسخ او كان
الاستيلاد محتملا للفسخ فينفسخ بانفساخ الكتابة لعجزه فيلزم ان يحتمل
الشيء الذي هو غير قابل للفسخ من جهة ما يقبل الفسخ بطريق التبعية
وذلك لا يجوز لان الذي لا يقبل الفسخ اقوى فلا يكون تبعا لما هو
دونه وحال المكاتب موقوف فلا يجوز ان يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ
الا انه يمتنع بيعها تبعا لولدها منه وما يثبت تبعا يثبت بشرائط المتبوع
ولو ثبت بدون الولد لثبت ابتداء والقياس ينفيه **قال** وان ولد
له من امته ولد مكاتب عليه وكسبه له لانه بالدعوة ثبت نسبه منه فيتبعه
في الكتابة على ما بيناه وكان كسب الولد للمكاتب لانه في حكم مملوكه وكان
كسبه له كما كان قبل الدعوة اذ لا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذا المولودة
المكاتبة لو ادخل الولد في كتابتها لان الولد المولود تسري اليه الصفات
الشرعية الثابتة في الام كالتدبير والاستيلاد والحرية والملك فاذا
سرى اليه صار حكمه حكم امه وكانت احق به وبكسبه لانه جزؤها وقد انقطع

حق المولى عنه **قال** وإن زوج أمته من عبده فكاتبهما فولدت دخل في كتابتها
وكسبه لها لأن الولد يتبع الأم في الأوصاف الحكمية وكان مكاتبا تبعا لها
فكانت أحق بكسبه من الأب لأنه لا ملك له عليها حتى يسري إلى الولد وقد انقطع
يد المولى عنها بالعقد فكذا عن ولدها فكانت هي أحق به لأنه جزؤها فصار كنفسها
وهي نظير المسألة الأولى ولو قتل هذا الولد يكون قيمته للأم دون الأب
لما ذكرنا أنها أحق به بخلاف ما إذا اشتريا الكتابة عن أنفسهما وعن ولد لهما صغير
فقتل الولد حيث يكون قيمته بينهما ولا يكون الأم أحق بها لأن دخوله في الكتابة
هنا بالقبول عنه والقبول وجد منهما فقيمته بينهما فلا يكون أحدهما أولى به
من الآخر وفيما نحن فيه لم يدخل بالقبول وإنما دخل بمجرد التبعية وفيها الأم
أولى على ما بينا **قال** مكاتب أو مأذون نكح بإذن حرة بزعمها فولدت واستحقت
فولدها عبد يعني لو تزوج مكاتب أو عبد مأذون له في التجارة امرأة
زعمت أنها حرة بإذن مولاه فولدت منه ثم استحقت فالولد رقيق فليس له أن
يأخذه بالقيمة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه
الله ولدها حر بالقيمة يعطيها للمستحق في الحال إذا كان التزوج بإذن المولى
وإن كان بغير إذنه يعطيها بعد العتق ثم يرجع بما ضمن من قيمة الولد
على الأمة المستحقة بعد العتق إذا كانت هي الغارة له وكذا إذا غره
عبد أو مأذون أو غير مأذون له في التجارة أو مكاتب رجع عليه بعد العتق
لأنه ليس من باب التجارة فلا ينفذ في حق مولى الغار وإن غره حر رجع عليه
في الحال لأن ضمان الغرور كضمان الكفالة فيرجع به على الحر في الحال وعلى غيره
بعد الحرية ولو كان مكاتبا وكذا حكم المهر فإن المستحق يرجع عليه في الحال
إذا كان التزوج بإذن مولاه وإلا فبعد الحرية وليس له أن يرجع على أحد
بالمهر على ما عرف في موضعه وحكم الغرور يثبت بالتزوج دون الإخبار بأنها
حرة لمحمد رحمه الله أنه تزوجها رغبة في حرية الأولاد معتمدا على قولها فلم يحصل
له ذلك فصار مغرورا كالحر فيكون أولاده أحرارا بالقيمة دفعا للضرر عنه
كالحر ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا إذ الولد يتبع الأم في الرق
والحرية وتركنا هذا في الحر بإجماع الصحابة رضي الله عنهم والعبد ليس في
معنى الحر لأن حق المولى وهو المستحق في الحر مجبور بقيمة واجبة في الحال وفي
العبد بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق فتعذر الإلحاق لعدم المساواة
هكذا ذكروا هنا وهذا مشكل جدا فإن دين العبد إذا لزمه بسبب
أذن فيه المولى يظهر في حق المولى ويطالب به في الحال والموضوع هنا مفروض
فيما إذا كان بإذن المولى وإنما يستقيم هذا إذا كان التزوج بغير إذن

المولى

المولى لأنه لا يظهر الدين فيه في حق المولى فلا يلزمه المهر ولا قيمة الولد في الحال
وتشهد المسألة التي تلي هذه المسألة لهذا المعنى **قال** وإن وطئ أمة
شراء فاستحقت أو بشراء فاسد فردت فالعقر في المكاتبة أي لو اشترى المكاتب
أمة بشراء فاسد فوطئها ثم ردها بحكم الفساد على البائع وجب عليه العقر
في حال الكتابة قبل العتق وكذلك العبد المأذون له في التجارة لأن هذا
من باب التجارة فإن التصرف يقع صحيحا تارة ويقع فاسدا أخرى والكتابة
والإذن ينتظمان البيع والشراء بنوعيهما فكانا مأذونين فيهما كالتوكيل بهما
أي بالبيع والشراء فيظهر في حق المولى فيؤاخذان به في الحكم الحال **قال** ولو
بنكاح أخذ منذ عتق أي لو تزوج المكاتب امرأة بغير إذن مولاه فوطئها يؤخذ
بالعقر بعد العتق وكذلك المأذون له في التجارة لأن التزوج ليس من
الاكتساب ولا من باب التجارة فلا ينتظمه الإذن بالتجارة ولا الكتابة
كالكفالة فلا يظهر في حق المولى فلا يؤاخذ به في الحال بخلاف الفصل الأول
وهو ما إذا وطئها بحكم الشراء الفاسد لأن الإذن بالتجارة أو الكتابة يتناول
الشراء الفاسد على ما بينا فيكون ظاهرا في حق المولى وبخلاف ما إذا اشترى
أمة فوطئها ثم استحقت حيث يؤاخذ بالعقر في الحال لأنه من توابع التجارة
فيتناوله الإذن وهذا لأن المشتري لا يسلم في كل مرة بل يجوز أن يستحق فكان
هذا العقر من توابعها لأنه لولا الشراء لما وجب وإنما كان يجب الحد ولا يجب
بسبب الشراء يكون من ضمان التجارة وما يترتب عليه حكمه حكم ضمان التجارة
وإن كان مقابلا بما ليس بمال ألا ترى أن الإعارة والهدية اليسيرة والضيافة
اليسيرة لما كانت من توابع التجارة التحقت بالتجارة حتى صار العبد مأذونا
له فيها وتناولها الإذن تبعا للتجارة وإن كانت هي في نفسها تبرعا
وفيما نحن فيه وجب العقر باعتبار شبهة النكاح وذلك ليس من التجارة في شيء
ولا من الكسب فلا يتناوله الإذن ولا عقد الكتابة فيتأخر ما وجب فيه
إلى ما بعد العتق لعدم ولاية الالتزام بهذا الطريق بغير إذن المولى انتهى

باب المكاتبة

ولدت مكاتبة من سيدها مضت على كتابتها
أو عجزت وهي أم ولده لأنها لما ولدت من مولاها ثبت أم ولد له فتلقاها
جهتا حرية عاجلة ببدل وهي الكتابة وآجلة بغير بدل وهي أمومية الولد فتخير
أيتهما شاءت ونسب ولدها ثابت بالدعوة ولا يحتاج إلى تصديقها لأنها مملوكة
رقبته بخلاف ما إذا ادعى ولد جارية المكاتبة حيث لا يثبت النسب المولى
إلا بتصديق المكاتبة لأنه لا ملك له حقيقة في ملك المكاتبة وإنما له حق
الملك فيحتاج فيه إلى تصديقها بخلاف ما إذا ادعى ولد جارية ابنه حيث

يثبت نسبه بمجرد الدعوى ولا يحتاج فيه الى التصديق لما ان له ان يتملك مال
ولده للحاجة فيتملكها قبيل الاستيلاد شرطا له على ما بيناه في النكاح
فلا حاجة الى تصديقه والولد حر لان المولى يملك اعتاق اولادها لانهم
يتكاتبون عليها ولا يملك بيعهم فصار حكمهم كحكمها واذا امضت على الكتابة
اخذت عقرها من سيدها لكونها اخص بنفسها واكسابها واذا مات المولى
عتقت بالاستيلاد وسقط عنها مال الكتابة لانها ما التزمت البدل الا لتسلم
لها نفسها بمقابلته بجهة الكتابة فاذا سلمت لها بجهة اخرى لم ترض بتسليمه
له او لورثته مجانا فلا يجب عليها وان ماتت وتركت مالا تؤدى كتابتها
منه وما بقي ميراث لولدها لثبوت عتقها في اخر جزء من اجزاء حياتها وان لم تترك مالا
فلا سعاية على هذا الولد لانه حر وان ولدت ولدا اخر لم يثبت نسبه من غير
دعوة لحرمة وطيها عليه وكذا ام الولد انما يثبت نسبه من غير دعوة اذا لم يحرم
على المولى وطيها وان حرم فلا كذلك هنا اذا عجزت نفسها وولدت بعد ذلك
في مدة يمكن العلوق بعد التعجيز يثبت نسبه من غير دعوة الا اذا نفاه صريحا
كما في اولاد امهات الاولاد ولو لم يدع الولد الثاني وماتت من غير وفاء
سعى هذا الولد في بدل الكتابة لانه مكاتب تبعا لها ولو مات المولى بعد
ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة ام الولد اذ هو ولدها فيتبعها
قال واذا كاتب ام ولده او مدبره صح لان ملكه ثابت في كل واحد منهما
وان كانت ام الولد غير متقومة عند ابي حنيفة وعقد الكتابة يرد على الملك
لحاجته الى التوصل الى ملك اليد والمكاسب في الحال والى الحرية في المال
وام الولد في هذا كغيرها لانها مملوكة يدا او رقبة فيتحقق حكم الكتابة فيها
فتملك ما يملكه المكاتب في الحال والمال وكسبها للمولى فيصح منه اثبات هذه
المالكية لها بالبدل ولان ملكه فيها محترم وان لم يكن متقوما عند ابي حنيفة
فجاز اخذ العوض عنه كالقصاص قال وعتقت مجانا بموته اي عتقت
بموت المولى بغير شيء يلزمها وسقط عنها بدل الكتابة لانها عتقت بسبب امومية
الولد لبقاء حكم الاستيلاد بعد الكتابة لعدم التنافي بينهما وفي حكمه عتقها
بعد الموت مجانا ويسلم لها الاولاد والاكساب لانها عتقت وهي مكاتبة
وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه فصار كما اذا اعتقها المولى حال حياته
ولهذا نقضت الكتابة في حق نفسها ثبت في حق الاولاد والاكساب لان
الفسخ للنظر لها والنظر لها في بقاء الكتابة بتبعها اولادها في العتق
ويسلم لها اكسابها فيجعل كانها عتقت بالايفاء في حق الاولاد والاكساب
ولان دخول اولادها في الكتابة بطريق التبعية فيعتقون بعتقها تبعا

لها لان للتبع حكم المتبوع ولا يمكن ذلك الا بالطريق الذي بينا وهو ان ينفسخ
الكتابة في حق سقوط البدل عنها فقط وتبقى في حق غيره من الاحكام نظرا لها
ولو ادت بدل الكتابة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لبقائها الى وقت
الاداء وبالاداء يتقرر ولا يبطل قال وسعى المدبر في ثلثي قيمته او كل البدل
بموته فقيرا اي لو مات بعد ما كاتبه ولا مال له غيره فهو بالخيار بين ان يسعى
في ثلثي قيمته او جميع بدل الكتابة وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يسعى
في الاقل منهما وقال محمد يسعى في الاقل من ثلثي قيمته وثلثي بدل الكتابة بالخلاف
في موضعين الخيار والمقدار وابو يوسف مع ابي حنيفة في المقدار ومع محمد في نفي
الخيار اما الكلام في الخيار فمبني على تجزي الاعتاق وعدمه اما التجزي فعنده لما
كان متجزيا بقي ما وراء الثلث عبدا وبقيت الكتابة فيه كما كانت قبل عتق
الثلث فتوجه لعتقه جهتان كتابة مؤجلة وسعاية معجلة فيخير للتفاوت
بين الامرين وفي التخيير فائدة لجواز ان يكون اداء الاكثر ايسر باعتبار
الاجل واداء الاقل اعسر لكونه حالا فكان في التخيير فائدة وان كان جنس
المال متحدا وعندهما لما عتق كله بعتق ثلثه لان الاعتاق لا يتجزى عندهما
بطلت الكتابة وبطل الاجل لانه كان لاجل الكتابة وقد بقي عليه مثل الدين
غير مؤجل اذ عتق بعضه حصل بطريق الوصية لكون التدبير وصية وعتق
بعضه بطريق الوصية لا يسقط عنه بدل الكتابة كما لو اعتقه المولى في مرض
موته ولا مال له سواه فانه يعتق كله عندهما ويسقط عنه ثلث بدل الكتابة
ان لم يكن عليه دين واذا بقي عليه بدل الكتابة حالا او وجب عليه ثلثا القيمة
بالتدبير حالا فيلزمه اقلهما من غير تخيير اذ لا فائدة في التخيير بين القليل
والكثير في جنس واحد فصار نظير ما لو اعتق عبدا على الف او الفين فانه
يلزمه الاقل بلا خيار بالاتفاق فكذا هنا والفرق لابي حنيفة ان البدلين
هناك في مسئلة الالفين ثمنان من جنس واحد فيجب الاقل وهو المتيقن اذ لا
فائدة في التخيير وفيما نحن فيه احدهما مؤجل فيفيد التخيير على ما بينا
واما الكلام في المقدار فعندهما رحمهما الله لا يسقط عنه من بدل الكتابة
شيء وعند محمد يسقط عنه ثلثه لان الكتابة صادفت كله فيكون البدل مقابلا
بالكل وقد عتق ثلثه بالتدبير فيبطل ما بازائه من البدل الا ترى انه
لو عتق ثلثه به وجب ان يسقط ثلثه اعتبارا للجزء بالكل ولهذا لو ادى كل
البدل في حياته يعتق كله ولو كان ثلثه مستحقا بالتدبير ولم يرد عليه عقد
الكتابة لما عتق كله بالاداء وصار كما لو تقدمت الكتابة وتاخر التدبير
ولهما ان البدل قوبل بما يصح مقابلته به وبما لا يصح فانصرف الى ما يصح

كرجل طلق امرأته طلقتين ثم طلقها ثلاثا بألف لزمه الألف كله مقابلا بما بقي
وهي الطلقة وهذا لأن موجب الكتابة ثبوت ما لم يكن ثابتا للمكاتب والبدل
مقابله ذلك لا مقابلة ما هو ثابت له والتدبير موجب استحقاق ثلث رقبته
لا محالة فلا يتصور استحقاقه بالكتابة ليكون بمقابلته شيء من البدل وكان
البدل كله مقابلا بما وراءه ضرورة وإذا ثبت أن بدل الكتابة مقابل بما وراء
المستحق بالتدبير ولم يسلم شيء منه للعبد بموت المولى فلا يسقط شيء منه من بدل
الكتابة وهذا بخلاف ما لو دبر مكاتبه لأن البدل هناك مقابل بكل الرقبة
إذ لم يستحق شيء من رقبته عند الكتابة فإذا أعتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير
سقط حصته من بدل الكتابة بقدره أما هنا فالكتابة وقعت بعد التدبير
ومالية الثلث قد سقطت حتى لو أتلفه انسان لا يضمن إلا قيمة الثلثين فكان
البدل بإزاء الثلثين صورة وليس هذا كما إذا أدى في حياته لأن استحقاق الثلث
قد بطل فبطل التقدير الذي قلنا ألا ترى أن أم الولد إذا كاتبها ثم مات سقط
عنها بدل الكتابة كله لاستحقاقها الحرية بجهة أخرى وكان نفسها كانت سالمة
لها بتلك الجهة ولو أدت البدل في حال حياته صح الأداء وعتقت به لبطلان
استحقاقها بالأداء في حال حياته قوله وإذا دبر مكاتبه صح لأنه يملك تنجيز
العتق فيه فيملك التعليق بشرط الموت وهذا لأنه يملك رقبته وهذا التصرف
نافع له لاحتمال أن يموت المولى قبل أداء بدل الكتابة فيعتق مجانا أو يعجز عن
أداء بدل الكتابة فيبقى له جهة الحرية متحصلة قال وإن عجز بقي مدبرا
لوجود السبب الموجب له قال وإلا سعى في ثلثي قيمته أو ثلثي البدل بموته
معسرا أي إن لم يعجز ومات المولى معسرا فهو بالخيار بين أن يسعى في ثلثي قيمته
وبين أن يسعى في ثلثي بدل الكتابة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يسعى
في الأقل منهما فالخلاف في الخيار مبني على تجزي الإعتاق وعدم تجزيه على ما
بيناه أما المقدار هنا فمتفق عليه لأن بدل الكتابة مقابل بكل الرقبة إذ لم
يستحق شيئا من الحرية قبل ذلك فإذا عتق بعض الرقبة مجانا بعد ذلك سقط
حصته من بدل الكتابة بخلاف ما إذا تقدم التدبير لأنه سلم له بالتدبير
الثلث فيكون بدل الكتابة مقابلا بما يسلم له وهو الثلثان على ما بيناه
قال وإذا أعتق مكاتبه عتق لأن ملكه قائم فيه وهو الشرط لنفوذه
العتق قال ويسقط بدل الكتابة لأنه التزمه لتحصيل العتق وقد حصل
بدونه وكذا المولى كان يستحقه مقابلا بالتحرير وقد فات ذلك بالإعتاق مجانا
والكتابة وإن كانت لازمة من جانب المولى لكنها تنفسخ بالتراضي بالإجماع وقد
وجد من المولى بالإقدام على الإعتاق ومن العبد بحصول غرضه بلا عوض وبسلامة

الكتابة

الكتابة لأن الكتابة تنفسخ في حق سقوط البدل خاصة وتبقى في حق غيره على ما
بيناه نفعا محضا قال وإن كاتبه على ألف مؤجل فصالحه على نصف حال
صح والقياس أن لا يجوز لأنه اعتياض عن الأجل وهو ليس بمال والدين مال فكان
ربوا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب
مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به فأعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال
من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا ربوا ولأن عقد الكتابة عقد من
وجه دون وجه لأنه تعليق العتق بشرط الأداء وأنه شرع مع المنافي إذ الأصل
أن لا يجري هذا العقد بين المولى وعبده إذ العبد وما في يده لمولاه والأجل ربوا
من وجه فيكون شبهة الشبهة فلا يعتبر بخلاف العقد بين الحرين لأنه عقد
من كل وجه فكان ربا الأجل فيه شبهة ولأن الصلح أمكن جعله فسخا للكتابة
السابقة وتجديدا للعقد على خمسمائة حالة قال وإن مرض كاتب عبده على
ألفين إلى سنة وقيمته ألف ولم تجز الورثة أدى ثلثي البدل حالا والباقي إلى
أجله أو رد رقيقا معناه أن مريضا كاتب عبده على ألفين إلى سنة وقيمته ألف
درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره فإنه يؤدي ثلثي الألفين حالا والباقي
إلى أجله أو يرد رقيقا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال
محمد يؤدي ثلثي الألف حالا والباقي إلى أجله أو يرد رقيقا لأن له أن يترك
الزيادة بأن يكاتبه على قيمته فكان له أن يؤخر الزيادة وهي ألف درهم بالطريق
الأولى فصار كما إذا خالع المريض امرأته على ألف إلى سنة جاز وإن لم يكن له مال
آخر وصار كله مؤجلا لأن له أن يطلقها بدون المال وهذا لأن ما زاد على
ثلثي قيمته كان المريض متمكنا منه إذ لم يتملكه أصلا فإذا أتلفه مؤجلا لا يثبت
للورثة حق الاعتراض ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجرى عليه أحكام
الأبدال من حق الأخذ بالشفعة وجريان بيع المرابحة وحق الحبس للمستحق
كله فيما إذا باع ما يساوي ألفا بألفين وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا
بالبدل والتأجيل إسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لأن البدل
فيه لا يقابل المال ولم يتعلق حق الورثة بالمبدل فكذا لا يتعلق بالبدل وأصله
أن المريض إذا باع دارا قيمتها ألف بثلاثة آلاف إلى سنة ثم مات ولا مال له
غيرها ولم يجز الورثة فعندهما يقال للمشتري إما أن تعجل ثلثي جميع الثمن والثلث
عليك إلى أجله وإلا فانقض البيع وعنده يقال له إما أن تعجل ثلثي القيمة
والباقي عليك إلى أجله وإلا فانقض البيع وحاصله أن المحاباة بالأجل تعتبر
في جميع الثمن وصية من الثلث عندهما لأن التأجيل تبرع من المريض حيث إن الوارث
يصير ممنوعا عن المال بسبب التأجيل كما يصير ممنوعا بنفس التبرع وتبرع المريض

يعتبر من ثلث المال وجميع الثمن ههنا بدل الرقبة بدليل انه يثبت فيه احكام
الابدال وعند الاجل فيما زاد على القيمة يصح من جميع المال ويعتبر في قدر
القيمة من الثلث قال وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم يجيزوا
ادى ثلثي القيمة حالا او رد رقيقا وهذا بالاجماع لان المحاباة هنا حصل
في القدر والتاخير فاعتبر الثلث فيهما والفرق لمحمد بين هذه المسئلة وبين الاولى
ان الزيادة على القيمة كانت حق المريض في الاولى حتى كان يملك اسقاطها
بالكلية بان يبيعه بقيمته فتاخيرها اولى لانه اهون من الاسقاط وههنا وقعت
الكتابة على اقل من قيمته فلا يملك اسقاط ما زاد على ثلث قيمته ولا تاجيله
لان حق الورثة تعلق بجميعه بخلاف الاول قال حر كاتب عن عبد بالف واد
عتق وان قبل العبد فهو مكاتب وصورة المسئلة ان يقول حر لمولى العبد
كاتب عبدك فلانا على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه
المولى على هذا الشرط وقبل الرجل ثم ادى الفا فانه يعتق لان عتقه
تعلق باداءه فيعتق بوجود الشرط من غير قبول العبد واجازته كما اذا
علقه بغيره من الشروط واذا بلغ العبد فقبل صار مكاتبا لان الكتابة
كانت موقوفة على اجازته وقبوله فصار اجازته في الانتهاء كقبوله في الابتداء
ولو قبله في الابتداء او وكله به كان ينفذ فكذا اذا اجازه ولو قال العبد
لا اقبله فادى عنه الرجل الذي كاتب عنه لا يجوز لان العقد ارتد برده
ولو ضمن الرجل لم يلزمه شيء لان الكفالة ببدل الكتابة لا يجوز ولو لم يقل
على اني ان اديت اليك فهو حر فادى لا يعتق قياسا لان العقد موقوف
والموقوف لا حكم له ولم يوجد التعليق وفي الاستحسان يعتق لان الكتابة
صحيحة نافذة فيما ينفع العبد وهو ان يعتق عند اداء المشروط موقوفة
فيما يرجع الى وجوب البدل عليه نظرا للعبد وتصحيحا للعقد بقدر الامكان
قيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب ولو ادى الحر البدل عنه لا يرجع على العبد
لانه متبرع فيه وحصل له مقصوده وهو عتق العبد فصار نظير ما لو تبرع
باداء الثمن عن المشتري وقيل يرجع على المولى ويسترد ما اداه ان اداه
بضمان وانما رجع على العبد ان ضمن بامره لان ضمانه كان باطلا لانه ضمن
غير الواجب الا ترى انه لو ضمن المال في الكتابة الصحيحة فادى يرجع بما ادى
فهنا اولى وان اداه بغير ضمان لا يرجع لانه تبرع به لتحصيل العتق له فتم اداؤه
هذا اذا ادى عنه بدل الكتابة كله وان ادى عنه بعضه فله ان يرجع
سواء ادى بضمان او بغير ضمان لانه لم يحصل غرضه وهو العتق فكان بحكم الاداء
موقوفا فيرجع كما اذا تبرع باداء الثمن في بيع موقوف كان له ان يسترد من البائع

هذا

لهذا المعنى بخلاف ما اذا قبل العبد بنفسه الكتابة ثم تبرع عنه انسان ببعض
بدل الكتابة لا يرجع لان غرضه بذلك قد حصل وهو براءة ذمة العبد بقدره
من البدل وهنا لم يكن في ذمة العبد شيء حتى يتبرا باداءه وكذا لو اداه قبل
اجازة العبد العقد ثم اجازه ليس له ان يرجع بما ادى سواء ادى البعض
او الكل الا اذا اداه عن ضمان لان الكتابة بالاجازة تنفذت من الابتداء فيكون
الاداء متبرعا للمكاتب عن بدل الكتابة فيحصل مقصوده الا ان الضمان فاسد
فيرجع عليه بحكم فساده قال وان كاتب الحاضر والغائب وقبل الحاضر صح
اي كتابتهما للمولى ولا معنى هذه المسئلة ان يقول العبد الحاضر لسيده كاتبني
عن نفسي وعن فلان الغائب فكاتبهما فقبل الحاضر جازت هذه الكتابة استحسانا
والقياس ان لا يجوز الا عن نفسه لولايته عليها وتوقف في حق الغائب لعدم
الولاية عليه كمن باع ماله ومال غيره او كاتب عبده وعبد غيره فانه يجوز في
عبده لوجود الولاية عليه دون عبد غيره لعدمها وجه الاستحسان ان المولى
خاطب الحاضر قصدا وجعل الغائب تبعا له والكتابة على هذا الوجه مشروعة
كالامة اذا كوتبت دخل في كتابتها ولدها المولود في الكتابة او المشتري فيها او
المضموم اليها في العقد تبعا لها حتى يعتقوا باداءها وليس عليهم شيء من البدل
ولان هذا تعليق العتق باداء الحاضر والمولى ينفرد به في حق الغائب فيجوز
من غير توقف ولا قبول من الغائب كما لو كاتب الحاضر بالف ثم قال اذا اديته
الالف فلان حر فانه يصح من غير قبول الغائب فكذا هذا فاذا امكن جعل الغائب
تبعا استغني عن شرط رضاه وينفرد به الحاضر ويطالب الحاضر بكل البدل
لان كله عليه دون الغائب ولا يعتبر اجازة الغائب ولا رده اذ لا توقف
في حقه ولا يؤاخذ الغائب بالبدل ولا بشيء منه لانه ليس عليه من الكتابة
اصلا ولو اكتسب شيئا ليس للمولى ان ياخذه من يده وليس له ان يبيعه من
غيره لانه مكاتب تبعا ولو ابراه المولى او وهبه مال الكتابة لا يصح لعدم
وجوبه عليه ولو ابرا الحاضر او وهبه له عتقا جميعا ولو اعتق الغائب
سقط عن الحاضر حصته من البدل لان الغائب دخل في العقد مقصودا وكان
البدل منقسما عليهما وان لم يكن مطالبا به بخلاف الولد المولود في الكتابة
حيث لا يسقط عن الام شيء من البدل بعتقه لانه لم يدخل مقصودا ولم يكن
يوم العقد موجودا وانما دخل في الكتابة بعد ذلك تبعا لها وكذا ولدها
المشتري ولو اعتق الحاضر لم يعتق الغائب وسقط حصة الحاضر من الكتابة
ويؤدي الغائب حصته حالا او يرد في الرق بخلاف الولد المولود في الكتابة
حيث يسعى على نجوم الام اذا مات على ما عرف في موضعه قال وايهما ادى

عتقا اي ايهما ادى بدل الكتابة عتقا لوجود شرط عتقهما وهو اداء بدل الكتابة
ويجبر المولى على القبول ثم اذا دفع الحاضر فلان البدل عليه وهو الاصل فيه
واما اذا دفع الغائب فلانه ينال به شرف الحرية فيجبر المولى على القبول
لكونه مضطرا اليه كما اذا ادى ولد المكاتب فانه يجبر على القبول وان لم
يكن البدل عليه كمعير الرهن اذا دفع الدين الى المرتهن فان المرتهن يجبر على
القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن عليه الدين **قال** ولا يرجع
على صاحبه اي لا يرجع واحد منهما على الآخر بما ادى الى المولى من بدل الكتابة
اما الحاضر فلانه قضى دينا عليه فلا يرجع به على غيره وان عتق معه لانه
تبع له كما اذا ادى المكاتب البدل وعتق اولاده واباؤه فانه لا يرجع
عليهم بشيء وان عتقوا معه لكونهم اتباعا واما الغائب فلانه ادى بغير
امره وليس بمضطر فيه من جهته بل يطلب نفع نفسه بخلاف معير الرهن اذا
ادى الدين لاستخلاص عينه فانه يرجع على الراهن لانه مضطر من جهته **قال**
ولا يؤخذ الغائب بشيء اي لا يطالب المولى الغائب ببدل الكتابة لانه لا دين
عليه اذ لم يلتزم له شيئا وانما دخل في الكتابة تبعا فصار نظير ولد المكاتب
فانه لا يطالب بشيء اذ ليس عليه دين ومع هذا لو ادى البدل يجبر المولى
على القبول **قال** وقبوله لغو اي قبول الغائب لغو لا يعتبر وكذا رده
لغو لان الكتابة قد نفذت وتمت من غير قبوله فلا يعتبر بعد ذلك قبوله
ولا يعتبر رده كمن كفل بدين عن غيره بغير امره فبلغه فاجاز فاجازته
باطلة ولا يعتبر حكمه حتى لو ادى عنه لا يرجع عليه **قال** وان كاتبت
الامة عن نفسها وعن ابنين صغيرين لها صح وايهما ادى لم يرجع وهذا استحسان
والقياس لا يجوز وقد ذكرنا وجههما في المسئلة الاولى لان هذه مثلها في جميع
ما ذكرنا من الاحكام الا ان الام او الاب الرقيق لا ولاية له على ولده فيكون
دخول الولد في كتابتها بالشرط لا بالولاية كدخول الغائب في كتابة الحاضر وايهم
ادى يجبر المولى على القبول وقبول الاولاد الكتابة وردهم لا يعتبر ولو
اعتق الام بقي عليهم من بدل الكتابة بحصتهم يؤدونه في الحال بخلاف الولد
المولود في الكتابة او المشترى حيث يعتق بعتقها ويطالب المولى الام
بالبدل دونهم ولو اعتقهم سقط عنها حصتهم وعليها الباقي على نجومها ولو
اكتسبوا شيئا ليس للمولى ان ياخذه ولا له ان يبيعهم ولو ابراهم عن الدين
او وهبهم لا يصح ولها يصح فتعتق ويعتقون معها لما ذكرنا في كتابة
الحاضر مع الغائب

باب كتابة العبد المشترك

قال رحمه الله عبد لهما اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب حظه بالف

ويقبض

ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعضه فعجز فالمقبوض للقابض وهذا
عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا هو مكاتب بينهما واصله ان الكتابة
تتجزى عنده وعندهما لا تتجزى واصل الخلاف في الاعتاق هل يتجزى ام لا
لان الكتابة شعبة من شعبه اذ هي تفيد الحرية في الحال يدا وفي المآل
رقبة فيقتصر على نصيبه عنده وفائدة الاذن بالكتابة ان لا يكون
له حق الفسخ كما يكون له اذا لم تكن باذنه وفائدة اذنه بالقبض ان يسقط
حقه فيما قبض بل يختص به القابض لان اذنه بالقبض اذن للعبد بالاداء
اليه منه فيكون متبرعا بنصيبه على المكاتب فيصير المكاتب احق به فاذا
قضى به دينه اختص به القابض وسلم له كله كرب الوديعة اذا اذن للمودع
بقضاء دينه من الوديعة فقضى لم يبق لرب الوديعة عليه سبيل وكذا هذا
الا اذا نهاه قبل الاداء فيصح نهيه لانه تبرع لم يتم بعد وانما قلنا ذلك
لان المكاتب نصف كسبه له لا يتعرض له فيه احد لكون نصفه مكاتبا والنصف
للشريك الذي لم يكاتب لان نصيبه قن فيكون كسبه له فاذا اذن للمكاتب
ان يصرفه بدينه صح اذنه وتم بالقضاء دينه به فلهذا كان المقبوض للقابض
وان عجز المكاتب ولا يرجع الآذن بذلك وان لم يحصل مقصوده وهو الحرية
لان المتبرع عليه هو العبد ولو رجع لرجع به على العبد والمولى لا يستوجب
على عبده دينا بخلاف ما اذا تبرع شخص بقضاء ثمن المبيع ثم استحق او هلك قبل
القبض وانفسخ البيع او تبرع بقضاء مهر ثم حصلت الفرقة من جهة المراة
حيث يرجع بالثمن والمهر لان ذمة البايع والمراة محل صالح لوجوب دين
المتبرع عليهما فامكن الرجوع ولو كان الشريك الآذن مريضا وادى من كسبه
بعد الاذن صح من جميع المال وان ادى من كسبه قبله صح من الثلث لانه تبرع
بعين مال وفي الاول بالمنافع اذ لو لم يكن المال موجودا حالة الاذن
فالمتبرع بالمنافع لا يعتبر من الثلث بل ينفذ من جميع المال بخلاف العين
وعندهما الكتابة لا تتجزى فيكون الاذن بكتابة نصيبه اذنا بكتابة كله فاذا
كاتبه صار كله مكاتبا كاتب نصيبه بالاصالة ونصيب شريكه بالوكالة
فيكون مكاتبا لهما ويكون بدل الكتابة بينهما والمقبوض بينهما قبل العجز
وبعده ولو كاتبه بغير اذن شريكه صار نصيبه مكاتبا عنده وعندهما
صار كله مكاتبا لما ذكرنا وكان للساكت ان يفسخ بالاجماع قبل ان يودي
بدل الكتابة دفعا للضرر عن نفسه بخلاف ما اذا باع نصيبه حيث لا يفسخ
البيع لانه لا ضرر فيه اذ لا يخرج نصيبه من يده ولا يؤول الى ذلك وبخلاف
العتق وتعليق عتقه بالشرط حيث لا يفسخ لانه لا يقبل الفسخ ولو ادى

بدل الكتابة عتق نصيبه خاصة عند أبي حنيفة لأن العتق يتجزى عنده وللساكت
أن يأخذ من الذي كاتب نصف ما أخذ من بدل الكتابة لأنه كسب عبد
مشترك بينهما ثم إذا كاتب كله بالألف لم يرجع على المكاتب بشيء فيما أخذ منه
شريكه لأنه سلم له بدل نصيبه وإن كاتب نصيبه فقط بالألف رجع على المكاتب
بما أخذ شريكه لأن الكل كان بدل نصيبه فلم يسلم له إلا نصفه فيرجع
به عليه وعندهما بأداء عتق كله ويرجع الساكت على شريكه إن كان موسرا أو لا
يستسعى العبد كما لو أعتقه وله أن يأخذ نصف ما بقي من الأكساب لأنه كسب عبد
مشترك ولو كاتبه الساكت بمائة دينار بعد الأول صار مكاتبا لهما أما عنده
فظاهر لأن نصيبه لم يتكاتب من قبل فصحت كتابته بعد الأول لأن الكتابة
متجزية عنده فتنعقد كتابة كل واحد منهما وأما عندهما فلأن الساكت كان له
أن يفسخ فإذا كاتبه كان فسخا منه في نصيبه وأيهما قبض شيئا من بدل نصيبه
لا يشاركه صاحبه في ذلك ويتعلق عتق نصيب كل واحد منهما بجميع بدل الكتابة
المتفق في كتابة نصيبه فإن أدى إليهما معا فالولاء لهما عندهم وإن قدم
أحدهما صار كمكاتبتهما ثم حرره أحدهما يعتق نصفه عند أبي حنيفة ويبقى نصيب
صاحبه مكاتبا ولا ضمان ولا سعاية إلا أن يعجز المكاتب فيتخير الساكت بين
تضمين المعتق والإعتاق واستسعاء العبد إن كان المعتق موسرا وبين
الاستسعاء والإعتاق إن كان معسرا وعند أبي يوسف يضمن المعتق إن كان
موسرا ويستسعى العبد في نصف قيمته إن كان معسرا وعند محمد يضمن الأقل
من قيمة نصيبه ومن بدل الكتابة في اليسار وفي الإعسار يسعى في ذلك وإن
كاتباه كتابة واحدة لا يعتق بأداء نصيب أحدهما إليه ويعتق بإعتاقه
وإبرائه وهبته نصيبه لأنه لم يبق له حق قبله فيكون حكمه كالمسألة الأولى
في التضمين والسعاية والعتق والاختلاف فيهما وباستيفاء نصيبه لم يبرأ
لأن المقبوض حقهما ولهذا يرجع عليه شريكه به فلا يعتق حتى يؤدي الكل
وحكمه ظاهر قال أمة بينهما كاتباها فوطئها أحدهما فولدت فادعاه
ثم وطئها الآخر فولدت فادعاه فعجزت فهي أم ولد للأول وضمن لشريكه نصف
قيمتها ونصف عقرها وضمن شريكه عقرها وقيمة الولد وهو ابنه وأي دفع
العقر إلى المكاتبة صح وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما هي أم ولد
الأول وهي مكاتبة كلها وعليه نصف قيمتها لشريكه عند أبي يوسف وعند
محمد الأقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة ولا يثبت نسب الولد
الآخر من الآخر ولا يكون الولد له بالقيمة ويغرم عقرها وهذا الأصل
مبني على الاختلاف في تجزي استيلاد المكاتبة فعنده يتجزى وعندهما لا يتجزى

واستيلاد

واستيلاد القنة لا يتجزى بالإجماع واستيلاد المدبرة يتجزى بالإجماع فإذا
عرفنا هذا فنقول إذا ادعى أحدهما الولد الأول صحت دعوته لأنه استولدها
وله في نصفها ملك وهو يكفي لصحة الاستيلاد وصار نصيبه أم ولد له ولم
يتملك نصيب صاحبه وبقي نصيب الآخر مكاتبا على حاله وقالا لا يتملك
نصيب صاحبه وصارت كلها أم ولد له لأن الاستيلاد يجب تكميله ما أمكن
ألا ترى أنه لو استولد أمة مشتركة تصير كلها أم ولد للمستولد لإمكان التكميل
بالتمليك لكونها قابلة للنقل وقد أمكن هنا لأن الكتابة تحتمل الفسخ والاستيلاد
لا يحتمله فرجحنا الاستيلاد وكملناه وفسخنا الكتابة في حق التمليك وفيما لا
تتضرر به والكتابة تنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب وتبقى فيما وراءه ولهذا
يجوز عتقه عن الكفارة بخلاف ما لو استولد مدبرة مشتركة فإنه لا يكمل ويقتصر
على نصيبه لأنه لا يمكن تكميلها إذ التدبير يمنع النقل من ملك إلى ملك ولا
يقال لم لا تنفسخ الكتابة ضمنا لصحة الاستيلاد لأنا نقول في انفساخها
ضرر ببطلان حقها في الكتابة والكتابة لا تنفسخ فيما يتضرر به المكاتب
ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن الاستيلاد يقبل التجزي إذا وقع في محل لا يقبل
النقل كالمدبرة بين اثنين إذا استولدها أحدهما فإنه يتجزى ويقتصر
الاستيلاد على نصيبه والكتابة لازمة كالتدبير فلا يقبل المحل النقل
من ملك إلى ملك فيقتصر الاستيلاد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة فإذا جاءت
بولد آخر وادعاه الآخر فقد ادعى نسب ولد أمة نصفها ملك له فيصح دعوته
ويثبت نسبه منه فإذا عجزت بعد ذلك جعل كأن الكتابة لم تكن وتبين
أن الأمة كلها أم ولد للأول لأن المقتضي للتمليك قائم والمانع من التكميل
الكتابة وقد زالت فيعمل المقتضي عمله من وقت وجوده كالبيع بشرط الخيار
للبائع إذا أسقط الخيار يثبت الملك به من وقت وجوده فيضمن للآخر نصف
قيمتها لأنه يملك نصيبه لتكامل الاستيلاد ونصف عقرها ويضمن شريكه كمال
عقرها وقيمة الولد والولد حر بالقيمة لأن الآخر بمنزلة المغرور لأنه وطئها
على ظن أنها على حكم ملكه وظهر بالعجز وبطلان الكتابة أنه لا ملك له فيها
وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة لكنه وطئ أم ولد الغير فلزمه كمال
العقر وأيهما دفع العقر إلى المكاتبة جاز لأنه حقها حال قيام الكتابة
لاختصاصها بمنافعها فإذا عجزت ترده إلى المولى لأنه ظهر اختصاصه بها وهذا
كله عند أبي حنيفة وعندهما هي أم ولد الأول تكميلا للاستيلاد لأن الكتابة
تنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب على ما مر وإذا صارت كلها أم ولد له فوطئ
الثاني صادف أم ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا بالقيمة

ولزمه كل المهر لان الوطء في دار الاسلام لا يخلو عن الضمان الجابر او الحد الزاجر
فتعذر ايجاب الحد للشبهة فيجب العقر وقال ابو منصور الماتريدي
رحمه الله اذا اعتق الكاتبة عندهما صارت كلها مكاتبة مستولدة بنصف بدل
الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تنفسخ
لسقوط نصف بدل الكتابة والجمهور على انها مكاتبة له بكل بدل الكتابة
لان الانفساخ ضروري فلم يظهر فيما وراء الضرورة وهو حكم الملك
فنزل الكل للاول لما كان والمكاتبة هي التي تعطي العقر لاختصاصها بمنافعها
وبابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق يرد الى الاول لظهور اختصاصه
بها ثم قال ابو يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة لانه يملك نصيب
شريكه وهو مكاتبة موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف بهما وقال
محمد رحمه الله يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان
حق الشريك في نصف القيمة على اعتبار العجز عن الاداء وفي نصف بدل الكتابة
على اعتبار الاداء والاقل متيقن فيجب الاقل قال وان دبرها الثاني
ولم يطأها فعجزت بطل التدبير وهذا بالاجماع اما عندهما فلان المتولد
تملكها قبل العجز واما عنده فلانه بالعجز ظهر ان كلها ام ولد للاول وانه
لم يكن له فيها ملك لا ثم والملك شرط لصحة التدبير بخلاف ثبوت النسب
لان الملك من حيث الظاهر كاف لثبوت النسب واستحقاق الولد بالغرور
ولا كذلك التدبير فانه لا يثبت بالشبهات ولهذا لو اشترى امة فدبرها
ثم استحقت بطل التدبير ولو استولدها فاستحقت لم يبطل النسب وكان
الولد حرا بقيمته فكذا هنا قال وهي ام ولد للاول لانه يملك نصيب
شريكه وكمل الاستيلاد للامكان قال وضمن لشريكه نصف قيمتها لانه
تملك نصفها بالاستيلاد على ما بينا قال ونصف عقرها لانه وطئ جارية
مشتركة بينهما فيجب عليه العقر بحسابه وقد بيناه من قبل قال والولد
للاول لان دعواه قد صحت على ما مر وهذا كله بالاجماع قال وان كاتباها
حررها احدهما موسرا فعجزت ضمن لشريكه نصف قيمتها ورجع به عليها وهذا
عند ابي حنيفة وقالا لا يرجع المعتق عليها ويستسعيها الساكت ان كان المعتق
معسرا واصله ان الاعتاق لا يتجزأ عندهما والكتابة لا تمنع العتق فعتقت
كلها في الحال عندهما وانفسخت لاجلها الكتابة ثم للساكت تضمين المعتق ان
كان موسرا ولا يرجع المعتق عليها لانه ضمن باعتاقه وهو فعله فلا يلزمها ضمان
ما لزمه بفعله ومن اصل ابي حنيفة ان العتق يتجزأ فجاز اعتاق نصفها والكتابة
ولا يورث الفساد في نصيب الساكت زيادة على ما اوجبته الكتابة فلا يبطله

مما

ما دامت مكاتبة لان اعتاق النصف عنده يؤثر في جعل الباقي كالمكاتب وهي
كانت مكاتبة قبل الاعتاق وكان الاعتاق محققا لكتابتها فلا يظهر
العتق قبل العجز لعدم ظهور اثر الاعتاق فيها فاذا عجزت ظهر اثر العتق
فيها فكان للساكت الخيارات المذكورة في العتاق وهي ان كان المعتق
موسرا فله ان يعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن المعتق فاذا ضمن
المعتق كان للمعتق ان يرجع على العبد المعتق لانه قام مقام الساكت وان
كان المعتق معسرا كان له خيار العتق والاستسعاء على ما بينا في العتاق
وعلى هذا الخلاف لو دبرا المكاتبة او استولدها فعنده لا يظهر حكم الاستيلاد
ولا التدبير الا بعد عجزها لانهما يتجزآن عنده فيقتصران على نصيبه
ونصيب شريكه مكاتب على حاله وكذا نصيبه لان التدبير والاستيلاد
لا ينافيان الكتابة ابتداء ولا بقاء فيبقيا على ما كانا عليه بخلاف الاعتاق
لان نصيبه بعد الاعتاق لا يقبل الكتابة ابتداء ولا بقاء فينفسخ في نصيبه
دون نصيب شريكه فاذا عجزت ظهر اثرهما فيضمن قيمتها موسرا كان او معسرا
لانه ضمان تملك وعندهما لا يتجزآن فصارت كلها ام ولد له او مدبرة لان الكتابة
لا تمنع النقل لانها تنفسخ في حق ما ينفعها ثم تبقى مكاتبة على حالها اذ لا
تنافي بينهما ويضمن لشريكه نصف قيمتها في الحال موسرا كان او معسرا لانه
ضمان تملك فلا يختلف بين اليسار والاعسار ويضمن العقر في الاستيلاد
قال عبد لهما دبره احدهما ثم حرره الاخر وهو موسر فللمدبر ان يضمن المعتق
نصف قيمته وان حرره احدهما ثم دبره الاخر لا يضمن المعتق وهذا عند ابي
حنيفة ووجهه ان التدبير يتجزأ عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه
لكن يفسد به نصيب الاخر فيثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء
كما عرف من مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه
يقتصر على نصيبه لانه يتجزأ عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه
قيمة نصيبه وله خيار الاعتاق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه فاذا
ضمنه يضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادفه وهو مدبر ثم قيل قيمة
المدبر تعرف بالتقويم وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع انواع ثلاثة
البيع واشباهه والاستخدام وامثاله والاعتاق وتوابعه والفائت
البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل النقل
من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا وابق وضمن الغاصب قيمته فانه لا
يتملكه فكذا هذا وان اعتقه احدهما اولا كان للاخر الخيارات الثلاث
عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء

لان المدبر يعتق ويسعى وقال ابو يوسف ومحمد اذا دبره احدهما فاعتاق
الآخر باطل لانه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن
نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف بهما ويضمن
نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن وان اعتقه احدهما اولا
فتدبير الآخر باطل لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما فعتق كله فلم يصادف
التدبير الملك ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا لان هذا
ضمان الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار عندهما والله تعالى اعلم

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قال مكاتب عجز عن نجم وله مال سيصل لم يعجزه الحاكم الى ثلاثة ايام نظرا
للجانبين والثلاثة هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع
والمدين للقضاء فلا يزاد عليه قال والا عجزه وفسخها او يستبد
برضاه يعني ان لم يكن مال سيصل في ثلاثة ايام فسخ القاضي الكتابة او
فسخ المولى برضا المكاتب وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه اذا توالى
على المكاتب نجمان رد في الرق والاثر فيما لا يدرك بالقياس كالخبر ولانه
عقد ارفاق حتى كان التاجيل فيها سنة وحالة الوجوب بعد حلول نجم
فلا بد من امهال مدة واولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولان الفسخ
للعجز والعجز لا يثبت ولا يتحقق بمجرد الحلول فلا بد من امهال المدة وكان
ما اتفقا عليه اولى ولهما ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه ان مكاتبة له
عجز عن نجم فرده الى الرق ولان المقصود بالعقد من جانب المولى وصول
المسمى عند انقضاء النجم الاول وانه قد فات فيوجب تخييره كما لو توالى
عليه نجمان وهذا لان الكتابة قابلة للفسخ والاخلال بالنجم الواحد
اخلال بما هو غرض المولى من الكتابة فيوجب له حق الفسخ دفعا للضرر عنه
لفوات وصف السلامة في البيع ولانه لما مضى نجم ووجب عليه حصته
صار كانه كوتب على ذلك القدر حالا وفيه يقال له اما ان تؤدي المال
حالا والا رددت في الرق فكذا هذا والمروي عن علي رضي الله عنه يفيد
اثبات الفسخ اذا توالى عليه نجمان فلا ينفي ثبوت الفسخ قبله لان تخصيص
الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه على ما عرف من القاعدة والتاخير
الى ثلاثة ايام انما كان لاجل امضاء موجب العقد لان الاداء لا يتحقق
الا بعد انقضاء مدة النجم ولا بد للاداء من زمان فاستحسنا هذا القدر
المذكور على ان يكون من باب التعجيل دون التاخير نظرا لهما واظهارا

للعقد اذ هي مدة ضربت لابلاء الاعذار كما في شرط الخيار وفي قصص الاخبار
وامهال المرتد وامهال المدعى عليه للدفع بعد الحكم عليه وامهال المدين
للقضاء فانه اذا استمهل لا يمهل وقوله عجزه وفسخها يعني الحاكم يحكم
بعجزه لانه واجب عليه عند طلب المولى ذلك وله ولاية عامة فيفسخ وقوله
او يستبد برضاه يعني او يفسخه المولى برضا المكاتب لان الكتابة تقبل
الفسخ بالتراضي بلا عذر فمع العذر اولى وان لم يرض به العبد فلا بد من
القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء او الرضى كالرد بالعيب
بعد القبض وقيل يتفرد المولى بالفسخ ولا يشترط رضى المكاتب كما اذا وجد
المشتري في المبيع عيبا قبل القبض فانه يتفرد بالفسخ وحديث ابن عمر يدل
على ذلك وهذا لان الكتابة تتم بقبض المولى البدل فاذا لم يقبض لم يتم فيفسخه
مستبدا به اذا فات غرضه كما يستبد المشتري بالفسخ بالعيب قبل القبض
قلنا العبد بعد العقد صار في يده فصار هذا فسخا بعد القبض فلا
بد من القضاء او الرضى قال وعاد احكام الرق اليه اذا عجز عاد الى احكام
الرق لان الكتابة قد انفسخت وفك الحجر كان لاجل عقد الكتابة فلا يبقى
بدون العقد قال وما في يده لسيده لانه ظهر انه كسب عبده اذ هو
كان موقوفا عليه او على المولى على تقدير الاداء كان له وعلى تقدير العجز
كان للمولى وقد تحقق العجز فكان لمولاه قال وان مات وله مال لم
ينفسخ ويؤدي كتابته من ماله وحكم بعتقه في آخر حياته وكذا الحكم بعتق
اولاده وما بقي من ماله فهو ميراث لورثته وهو قول ابن مسعود رضي الله
عنه وبه اخذ علماؤنا وقال زيد بن ثابت تنفسخ الكتابة بموته ويموت
عبدا وما ترك فهو لمولاه وبه اخذ الشافعي رحمه الله له ان العقد لو بقي
لبقي لتحصيل العتق بالاداء وقد تعذر اثباته فيبطل وهذا لانه لا
يخلو اما ان يثبت العتق قبل الموت او بعده مقتصرا او مستندا لا وجه
الى الاول لعدم شرطه وهو الاداء الذي لم يسبق شرطه ولا الى الثاني
لان الميت ليس بمحل لنزول العتق عليه لان العتق اثبات قوة المالكية
وهو لا يتصور في الميت بخلاف ما اذا مات المولى لانه ليس بمعقود عليه
بل هو عاقد والعقد يبطل بموت المعقود عليه لا بموت العاقد ولان المولى
يصلح ان يكون معتقا بعد الموت والعبد لا يصلح معتقا بعده الا ترى
ان المولى اذا قال انت حر بعد موتي صح ولو قال العبد انت حر بعد موتك
لا يصح ولا الى الثالث لانه لما تعذر اثباته في الحال تعذر اسناده لان الشيء
يثبت ثم يستند ولان في اسناده الى حال حياته اثبات العتق قبل شرطه

وهو الاداء فلا يجوز بخلاف ما اذا مات المولى فان العقد باق بعد موته
فيعتق لكون الميت اهلا له على ما بينا انفا ولنا ان الكتابة عقد
معاوضة لا ينفسخ بموت احد المتعاقدين وهو المولى فلا ينفسخ بموت الاخر
وهو العبد كالبيع وهذا لان قضية المعاوضة المساواة بين المتعاقدين
فاذا جاز بقاء العقد بعد موت المولى لحاجته الى الولاء وغيره جاز ان يبقى بعد
موت العبد لحاجته الى مقصوده وهو شرف الحرية بل اولى لان الذي استحقه
قبله ليس بلازم حتى لو عجز العبد نفسه عن اداء البدل يبطل والذي استحقه
المكاتب قبل المولى لازم حتى لو اراد ان يبطله ليس له ذلك ولان الموت
انفى للمالكية منه للمملوكية لان المملوكية عبارة عن العجز والمالكية عبارة
عن القدرة والموت اتى للقدرة منه للعجز فاذا بقي العقد مع اقوى المنافيين
فمع ادناهما اولى الا ترى ان مملوكية العبد باقية بعد موته لحاجته حتى
وجب الكفن على مولاه فكذا هنا ابقينا شيئا من المملوكية لحاجته وهو اشرف
بل اولى لما فيها من التعدي الى الاتباع كالاولاد والامهات او نقول الكتابة
تثبت بالكتابة مالكية اليد في مكاسبه وبها يتمكن من اداء الكتابة فينبغي
ان يبقى المالكية بعد موته لان حاجته الى تحصيل الحرية لنفسه فوق حاجة
المولى وما ذكره من الترديد قلنا انه يعتق بعد الموت عند البعض بان يقدر
حيا قابلا للعتق كما يقدر المولى حيا مالكا معتقا بعد موته ولهذا يقدر
الميت حيا في حق ما يحتاج اليه من امواله كتجهيزه وقضاء دينه وتنفيذ
وصاياه وعند الجمهور انه يعتق في اخر جزء من اجزاء حياته لان سبب الاداء
موجود قبل الموت فيستند الاداء اليه فيكون اداء خلفه كادائه بنفسه
فان قيل الاداء فعل حسي والاستناد يكون في الاحكام الشرعية قلنا نعم
لكن فعل النائب مضاف الى المنوب عنه وهذه الاضافة شرعية الا ترى
ان من رمى صيدا فمات قبل ان يصيبه ثم اصابه صار ملكا له حتى يورث
عنه والميت ليس باهل له ولكن لما صح السبب والملك يثبت بعد تمام
السبب فتمامه بالاضافة اليه وهو ليس باهل له يثبتنا الملك من حين
الامكان وهو اخر جزء من اجزاء حياته فكذا هنا لما كان السبب منعقدا وهو
عقد الكتابة والعتق موقوف على الاداء والاداء جائز بعد الموت والحكم
وهو وقوع العتق مما يمكن اثباته من حين الموت كالملك في مسئلة الحبالة
حكمنا بعتقه في اخر جزء من اجزاء حياته واقمنا اداء التركة الموجودة
منه في اخر جزء من اجزاء حياته مقام التخلية بين المال وبين المولى وهو
الاداء المستحق عليه قال واذا ترك ولدا ولد في كتابته لا وفاء سعى

كابيه

كابيه على نجومه فاذا ادى حكم بعتقه وعتق ابيه قبل موته لان الولد داخل
في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء وصار اداؤه كاداء ابيه فصار
كما اذا ترك وفاء مع الولد وفي المكاتب لو كاتب امته على انه بالخيار ثلاثا فولدت
في مدة الخيار وماتت وبقي الولد يبقى خياره وعقد الكتابة عند ابي
حنيفة وابي يوسف وله ان يجيزها واذا اجاز سعى الولد على نجوم امه
واذا ادى عتقت الام في اخر جزء من اجزاء حياتها وعتق ولدها وهذا
استحسان وعند محمد تبطل الكتابة ولا يصح اجازة المولى وهو القياس
لان الولد انما يقوم مقام الوالد في الكتابة اذا كان الوالد مكاتبا وام
لم تصر مكاتبة بعد ولهما ان ابقاء العقد فيه فائدة بان يجيز المولى ويقوم
ولدها مقامها وينفذ العقد في حق الام باستناده في حق الولد ثم يستند الى
وقت الانعقاد قال ولو ترك ولدا مشترى عجل البدل حالا والا رد
رقيقا وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يؤديه على نجومه لانه
كاتب عليه فيسعى على نجومه كالولد المولود في الكتابة لانه صار بمنزلته
حتى جاز للمولى اعتاقه كما يجوز اعتاق المكاتب نفسه بخلاف سائر اكتساب
المكاتب فانه لا يملك اعتاقه ولابي حنيفة رحمه الله ان الاجل يثبت بالشرط
في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل تحت العقد
لانه لم يضف اليه العقد ولم يسر حكمه اليه لكونه منفصلا عنه وقت الكتابة
وكان ينبغي ان يباع بعد موته لفوات المتبوع ولكن اذا عجل الاداء من
سعيه صار كانه مات عن وفاء بخلاف الولد المولود في الكتابة لانه
ما اوه بعد الكتابة فيدخل في حكمه ويسعى على نجومه فعلى هذا لو اشترى
ابنه المولود بعد الكتابة من امرأة له امة ينبغي ان يدخل في كتابته لانه من
مائه بعد الكتابة قال وان اشترى ابنه فمات وترك وفاء ورثه ابنه
لانه لما ادى بدل الكتابة حكم بعتقه في اخر جزء من اجزاء حياته فيتبعه ولده
في ذلك الوقت فيكون حرا من فظهر انه مات حرا عن ابن حر قال وكذا
لو كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة يعني برثه لانهما صارا كشخص واحد
فاذا حكم بعتق احدهما في وقت حكم بعتق الاخر في ذلك الوقت ضرورة
اتحاد العقد على ما بيناه فيصير حرا مات عن ابن حر ولو مات المكاتب وترك
ثلاثة اولاد احرار او مولودا في الكتابة ومكاتبا معه بعقد واحد ووصيا
يرثه اولاده لما ذكرنا ويملك الوصي بيع العروض دون العقار والدراهم والدنانير
لان بيع العروض من الحفظ دون العقار والدراهم والدنانير ولو مات الحر
قبل اداء الكتابة لم يرثه لان ارثه ليس من حقوق كتابة ابيه فلا يظهر الاستناد

في حقه قال ولو ترك ولدا من امرأة حرة ودينا وفاء بمكاتبته فجنى الولد
فقضى به على عاقلة الأم لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب وان اختصم
موالي الأم وموالي الأب في ولايته فقضى به لموالي الأم فهو عجز وان هذا
القضاء بموجب الجناية على العاقلة يقرر حكم الكتابة لان من قضية عقد
الكتابة ان يكون موجب جنايته على موالي الأم لان المكاتب وان نزل حرا لا
ولا الدين الا بحكم يعتقه الا عند اداء بدل الكتابة وكانت جنايته عليهم فاذا
قضى بها القاضي عليهم كان القضاء تقريرا للكتابة فتبقى الكتابة على
حالها فاذا ادى تعذر ذلك بدل الكتابة عتق المكاتب وظهر الابن وولاء
في جانب الأب فينجر اليه ولاؤه لان الولاء كالنسب والنسب اذا ثبت من
قوم الأم لا عند تعذر اثباته من قوم الأب حتى لو ارتفع المانع من اثباته
منه بان اكذب الملاعن نفسه يعود النسب اليه فكذا الولاء واما اذا كانت
الخصومة في نفس الولاء فان القاضي يقضي بكون الولاء لموالي الأم اذ الخصومة
وقعت في الولاء وهو من ثمرات القضاء بفسخ الكتابة لان الولاء لا يكون من
جانب الأم الا اذا تعذر اثباته من جانب الأب وانما يتعذر بفسخ الكتابة
اذ لو كانت باقية يمكن ان يثبت في جانبه بالاداء او فرق اخر ان القضاء بموجب
الجناية على غير من وجبت عليه كالكفيل والقضاء بالولاء لموالي الأم يتضمن
القضاء بفسخ الكتابة اذ لا يمكن ان يجتمع عليه الولاء اذ لو لم يكن فسخا
لها تلزم الحكم بحريته اذا ادى بدل الكتابة فاذا صار حرا في اخر حياته
انتقل ولاء الولد اليه وانتقض القضاء وهو يجب صيانته عن النقض
فلا ينفسخ اذا صادف محلا مجتهدا فيه والحكم بالارث من الولد لموالي الأم
كالحكم بالولاء لهم حتى ينفسخ به الكتابة ولا يجوز نقضه وهذا كله فيما
اذا مات المكاتب عن وفاء فادت الكتابة او عن ولد فاداها واما اذا مات
لا عن وفاء ولا عن ولد فاختلفوا في بقاء الكتابة قال الاسكاف ينفسخ حتى لو
تطوع انسان باداء بدل الكتابة عنه لا يقبل منه وقال ابو الليث رحمه
الله لا ينفسخ ما لم يقض بعجزه حتى لو تطوع به انسان عنه قبل القضاء بالفسخ
جاز ويحكم بعتقه في اخر حياته قال وما ادى المكاتب من الصدقات
ثم عجز طاب لمستدعيه لان الملك قد تبدل وتبدل الملك كتبدل العين فصار
كعين اخرى واليه اشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله في حديث بريرة
هو لها صدقة ولنا هدية قال وكذا للاجنبي اهدت اليه وكانت مكاتبته
وصار كالفقير يموت عن صدقة اخذها يطيب ذلك لوارثه الغني لما ذكرنا
وكذا اذا اخذ الصدقة استغنى الفقير تطيب له ما اخذ من الزكوة حالة

الفقر وكذا ابن السبيل اذا اخذ الصدقة ثم وصل الى ماله وفي يده الصدقة
حل له لان المحرم على الغني ابتداء الاخذ لما فيه من الذل فلا يرخص له من غير
ضرورة فاذا اخذ في حالة الفقر فبعد ذلك ليس فيه الا الاستدامة فيطيب
له ولو اباح الفقير للغني او الهاشمي عين ما اخذ من الزكاة لا يحل لان الملك
لم يتبدل ونظيره المشتري اذا اشترى شراء فاسدا لا يطيب بالاباحة
ولو ملكه يطيب وان عجز المكاتب قبل الاداء الى المولى تطيب للمولى عند محمد
بلا اشكال لان المكاتب عنده اذا عجز ملك المولى ما في يده ملكا مبتدأ
حتى ينتقض اجارته وعند ابي يوسف لا تطيب له لانه اذا عجز لا يملك المولى
اكسابه ملكا مبتدأ وانما كان له فيه نوع ملك فيتأكد بالعجز ولم يتجدد له
فيه ملك ولهذا لا ينتقض اجارة المكاتب عنده بالعجز كما في العبد المأذون
له اذا حجر عليه والصحيح انه تطيب بالاجماع لما ذكرنا ان المحرم هو ابتداء
الاخذ وانما ابيح للجاحد وحرم على الغني لانه لا حاجة له فيه وكذا على
الهاشمي صيانة لقرابة النبي صلى الله عليه وسلم عن اوساخ الناس ولم يوجد
من المولى الاخذ فصار كابن سبيل وصل الى ماله او فقير استغنى وفي يده ما
اخذه من الصدقة فانه يطيب له على ما ذكرنا فكذا هذا قال وان جنى
عبد فكاتبه سيده جاهلا بها اي بالجناية فعجز دفع او فدى يعني المولى بالخيار
ان شاء دفع العبد بالجناية وان شاء فداه بالارش لانه لما كاتبه وهو لا يعلم
بالجناية لزمه قيمته لانه لم يصر مختارا للفداء بالكتابة من غير علم وقد
امتنع الدفع بفعله من غير ان يصير مختارا فيجب عليه الاقل من قيمته
ومن الارش كما اذا اعتقه او دبره او استولدها او باعه بعد ما جنى
من غير علم بالجناية الا ان المانع من الدفع على شرف الزوال فلم ينتقل حق
ولي الجناية من العبد الى القيمة فاذا عجز زال المانع فيخير بين الدفع
والفداء على القاعدة قال وكذا اذا جنى مكاتب ولم يقض به فعجز
يعني حكمه كالاول لانه لما عجز صار رقيقا وجناية القن يخير فيه المولى بين
الدفع والفداء على ما عرف في موضعه وقيل ان لم يعجز يجب عليه الاقل من قيمته
ومن الارش لان دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو احق بكسبه من المولى وموجب
الجناية عند تعذر الدفع يجب على من يكون له الكسب الا ترى ان
جناية المدبر وام الولد يوجب على المولى الاقل من قيمته ومن الارش لما
انه احق بكسبهما قال فان قضى به عليه في كتابته فعجز فهو دين يباع فيه
اي ان قضى بموجب الجناية على المكاتب في حال كتابته وهو الاقل من قيمته
ومن الارش فهو دين عليه يباع فيه لان الحق انتقل من الرقبة الى القيمة

بالقضاء وهذا عند علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله تجب عليه قيمته
ولا تباع وهو قول أبي يوسف أولا لأن المانع من الدفع موجود وقت الجناية
وهو الكتابة فوجب أن يكون موجبه القيمة ولا يتغير كجناية المدبر وأم الولد
ولنا أن الأصل في جناية العبد الدفع وإنما يصار إلى القيمة عند تعذر
الدفع والمانع هنا متردد لاحتمال انفساخ الكتابة فلا يثبت الانتقال عن
الموجب الأصلي إلا بالقضاء أو بالصلح عن الرضا أو بالموت عن الوفاء وهو
نظير المغصوب إذا أبق لا تجب عليه القيمة إلا بالقضاء حتى إذا رجع قبل
القضاء يكون للمولى وإن رجع بعد القضاء يكون للغاصب وكذا المبيع إذا
أبق قبل القبض لا يبطل البيع إلا بالقضاء وكذا إذا قتل لأن القيمة تقوم
مقامه فلهذا أبقى البيع إذا رضي المشتري بقيمته بخلاف المدبر وأم الولد
ولنا أن الأصل في جناية العبد الدفع وإنما يصار إلى القيمة عند تعذر الدفع
والمانع هنا متردد لاحتمال انفساخ الكتابة فلا يثبت الانتقال عن الموجب
الأصلي إلا بالقضاء أو بالصلح عن الرضا أو بالموت عن الوفاء وهو نظير
المغصوب إذا أبق لا تجب عليه القيمة إلا بالقضاء حتى إذا رجع قبل القضاء
يكون للمولى وإن رجع بعد القضاء يكون للغاصب وكذا المبيع إذا أبق قبل
القبض لا يبطل البيع إلا بالقضاء وكذا إذا قتل لأن القيمة تقوم مقامه فلهذا
بقي البيع إذا رضي المشتري بقيمته بخلاف المدبر وأم الولد لأنهما لا يقبلان
الفسخ قال رحمه الله وإن مات السيد لم تنفسخ الكتابة لأنها حق العبد
فلا تبطل بموت السيد كالتدبير وأمومية الولد والدين وكالأجل فيه
إذا مات الطالب قال ويؤدي المال إلى ورثته على نجومه لأن النجوم
حق له لأنه أجل وهو حق المطلوب فلا يبطل بموت الطالب كالأجل في الدين
بخلاف ما إذا مات المطلوب حيث يبطل الأجل لأن ذمته قد خربت وانتقل
الدين إلى التركة ويبنى على هذا إذا كاتبه وهو صحيح أو كاتبه وهو مريض لم يصح
تأجيله إلا من الثلث وقد ذكرناه والاختلاف فيه من قبل قال وإن حرروه
عتق أي لو أعتقه جميع الورثة عتق والقياس أن لا يعتق لأنهم لم يملكوه لأن
الكتابة لا تقبل النقل بشيء من الأسباب فكذا بالإرث وكذا لا يكون للذكور
منهم الولاء فيه ولو ملكوه لكان لهم وجه الاستحسان أن هذا يجعل إبراء
عن بدل الكتابة فإنه حقهم وقد جرى فيه الإرث فيكون الإعتاق منهم إبراء
اقتضاء أو إقرارا بالاستيفاء منه فتبرأ ذمته لأنه لم يبق عليه دين فيعتق
لبراءة ذمته كما إذا أبرأه المولى عن بدل الكتابة كله ويشترط أن يعتقوه
في مجلس واحد حتى لو أعتقه بعضهم في مجلس وأعتقه الآخر في مجلس آخر لم يعتق

وقيل

وقيل يعتق إذا أعتقه الباقون ما لم يرجع الأول قال وإن حرر البعض
لم ينفذ عتقه أي لو أعتقه بعض الورثة لا يعتق منه شيء لأنه لم يملكه ولا
عتق فيما لا يملك ابن آدم ولا يمكن أن يجعل إبراء ولا إقرارا بالاستيفاء لأن
إبراء البعض واستيفاءه لا يوجب عتقه لتعذر ثبوت العتق من جهته فيبطل
المقتضى وهو الإعتاق ولا يبرأ من الدين أيضا لأن البراءة لم تثبت إلا
اقتضاء فإذا بطل المقتضي للإبراء بطل المقتضى أيضا لأنه لم يثبت إلا
به وبطلان المقتضي يوجب بطلان المقتضى بخلاف إعتاق الجميع لأنه
أمكن أن يجعل عبارة عما يحصل به العتق وهو الإبراء عن جميع البدل أو الإقرار
بالاستيفاء للكل ألا ترى أنه لو أبرأوه جميعا أو أقروا بالاستيفاء عتق ولو أبرأه
بعضهم أو أقر باستيفاء نصيبه لا يعتق وكذا لو قبض نصيب الكل بغير أمرهم
لا يعتق إلا إذا أجازوا قبضه أو قبضه بأمرهم لأنه إذا قبضه بغير أمرهم
لم يبرأ عن نصيب غير القابض ولهذا كان لهم أن يطالبوا المكاتب به ولو
كان للمولى وصي وعليه دين مستغرق أو لم يكن مستغرقا فإنه لا يعتق بقبض الورثة
لأنهم لا يملكون القبض ويعتق بقبض الوصي سواء كان عليه دين أو لم يكن ويعتق
بقبض الغرماء لو أوصى بمال الكتابة لرجل فقبضه المكاتب إليه عتق لأنه
أوصل الحق إلى مستحقه

كتاب الولاء

هو من الولي بمعنى القرب وهي قرابة حكمية حاصلة من العتق أو من الموالاة هذا
في اللغة يقال ولي الشيء الشيء إذا حصل الثاني بعد الأول من غير فصل ومنه
قوله عليه السلام ليليني منكم أولو الأحلام والنهى وقال في النهاية سمي ولاء
العتاقة والموالاة به لأن حكمهما وهو الإرث يقرب ويحصل عند وجود شرطه
من غير فصل أو من الولاية وهو مفاعلة من الولاية بالفتح وهو النصرة والمحبة
إلا أنه اختص في الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة وهو في الشرع عبارة
عن التناصر بولاء العتاقة أو بولاء الموالاة ومن آثار التناصر الإرث
والعقل وسبب هذا الولاء الإعتاق وعند الجمهور لقوله عليه السلام الولاء
لمن أعتق والأصح أن سببه العتق على ملكه لأنه يضاف إليه يقال ولاء العتاقة
ولا يقال ولاء الإعتاق والإضافة دليل الاختصاص وهو السببية ولأن
من ورث قريبه فعتق عليه كان مولى له ولا إعتاق من جهته والحديث لا ينافي
أن يكون العتق على الملك هو السبب لأن العتق يوجد عند الإعتاق لا محالة
وتخصيصه به خرج مخرج الغالب قال الولاء لمن أعتق ولو بتدبير وكتابة
واستيلاد وملك قريب لما روينا وهو بعمومه يتناول الكل ولأن الرقيق
هالك حكما ألا ترى أنه لا يثبت في حقه كثير من الأحكام التي تختص بالأحياء نحو

الرضا والشهادة والملك في الأموال وكيف لا نفاذ فكان الإعتاق إحيا
له بمنزلة الإحياء به كالإحياء بالإيلاد فيرث به كما يرث الأب من ولده ولهذا
سمي ولي النعمة لأنه أنعم عليه حيث أحياه كما قال الله تعالى وإذ تقول للذي أنعم
الله عليه وأنعمت عليه أي أنعم الله عليه بالهدى وأنعمت بالإعتاق ولأنه
يعقل عنه فوجب أن يرثه لأن الغنم بالغرم والمرأة في هذا كالرجل لإطلاق
ما روينا ولقوله عليه السلام ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن الحديث
وروي أن ابنة حمزة أعتقت عبدا لها ومات عن بنت فجعل رسول الله صلى الله
عليه وسلم نصف ماله لبنته ونصفه الآخر لبنت حمزة ولأنها أحيته حكما فترثه
كالرجل ولو أعتق في دار الحرب حربيا لا ولاء له عليه حتى إذا خرجا إلينا مسلمين
لا يرثه وعند أبي يوسف يثبت له الولاء ويرثه ذكره في الكافي ولو أدى المكاتب
بعد موت المولى فعتق فكان مولاه للمولى فيكون لعصبته الذكور لما ذكرنا
أنه لا يملك بالإرث وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه أو إعتاقه الوصي
بعد موته لانتقال فعل الوصي إليه وكذا إعتاق مدبروه وأمهات أولاده
بعد موته ويكون ولاؤهم له قال وشرط السائبة لغو أي لو أعتق المولى
عبده وشرط أن لا يرثه كان الشرط لغوا لكونه مخالفا لحكم الشرع فيرثه كما في
النسب إذا شرط أنه لا يرثه قال ولو أعتق الأمة زوجها القن لا ينتقل
ولاء الحمل عن مولى الأم أبدا لأن الجنين عتق بعتق أمه وعتقت أمه مقصودا
فكذا هو بعتق مقصودا لأنه جزء الأم والمولى أوقع الإعتاق على جميع أجزائها
مقصودا فيكون للجنين والولاء لا ينتقل من المعتق لقوله صلى الله عليه وسلم
الولاء لمن أعتق وإنما يعرف كون الحمل موجودا عند العتق بأن تلد لأقل من ستة
أشهر من وقت العتق لتيقننا وقت العتق وكذا إذا ولدت ولدين أحدهما لأقل
من ستة أشهر والآخر لأكثر منه وبينهما أقل من ستة أشهر لما تيقنا أن الأول
كان موجودا وقت العتق وتيقنا أنهما توأمان حملت بهما جملة لعدم تخلل
أقل مدة الحمل بينهما فإذا تناول الأول الإعتاق تناول الآخر الإعتاق أيضا
ضرورة فصار معتقا لهما والولاء لا ينتقل من المعتق قال فإن ولدت
بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر فولاؤه لمولى الأم لأن الولد جزؤها فيتبعها
في الصفات الشرعية ألا ترى أنه يتبعها في الحرية والرق فكذا في الولاء عند
تعذر جعله تبعا للأب لرقه قال فإن عتق العبد وهو الأب جر ولاء
ابنه إلى مواليه لأن مولى الأم لم يعتق الولد هنا لحدوثه بعد إعتاقها وإنما
نسب إليها الولد تبعا للأم لتعذر نسبته إلى الأب فإذا أعتق الأب أمكن نسبته
إليه فجعله تبعا له أولى من جعله تبعا للأم لأن الولاء كالنسب قال عليه

السلام

السلام الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب إلى الآباء فكذا الولاء ينتقل إلى
موالي الأب إذا زال المانع كولد الملاعنة ينسب إلى قوم الأم ثم إذا
كذب نفسه ينتقل إلى الأب لزوال المانع هذا إذا لم تكن معتدة وإن
كانت معتدة فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر من وقت العتق ولأقل من
سنتين من وقت الفراق لا ينتقل ولاؤه إلى موالي الأب لأنه كان موجودا
عند عتق الأم لثبوت نسبه العلوق إلى ما قبل العتق بل قبل الفراق
ولهذا ثبت نسبه من الزوج فصار داخلا في الإعتاق ضرورة فلا ينتقل إلى
موالي الأب والأصل في جر الولاء ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال إذا
كانت الحرة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها فإذا أعتق أبوه جر الولاء
وما روي أن الزبير أبصر فتية لعسا بخيبر فأعجبه ظرفهم يقال دخل
اللعس إذا كان في شفته سمرة وأمهم مولاة لرافع بن خديج وأبوهم عبد لبعض
الحرقة من جهينة أو لبعض أشجع فاشترى الزبير أباهم فأعتقه ثم قال انتسبوا
إلي وقال رافع بل هم موالي فاختصما إلى عثمان رضي الله عنه فقضى بالولاء للزبير
وفي هذا دليل على أن الولد ينسب إلى قوم الأم إذا لم يظهر له ولاء من قبل
أبيه فإذا ظهر له ولاء بالعتق جر ولاء الولد إليه وفي الجامع الصغير إذا
تزوجت معتقة بعبد فولدت أولادا فجنى الأولاد فعقلهم على موالي الأم
لأنهم عتقوا تبعا لأمهم ولا عاقلة لأبيهم ولا موالي فألحقوا بموالي الأم
ضرورة كما في ولد الملاعنة وإن أعتق الأب بعد ذلك جر ولاء الأولاد إلى
نفسه لما بينا ولا يرجعون على عاقلة الأب بما عقلوا بخلاف ولد الملاعنة
إذا عقل عنه قوم الأم ثم أكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون على عاقلة
الأب والفرق أن النسب يثبت من وقت العلوق لا من وقت الإكذاب إذ لا
يتصور أن يكون الإنسان ولدا لشخص وقتا ثم يتحول بعد ذلك إلى غيره
فيكون ولدا للغير وبالإكذاب يتبين ذلك ويتبين أن عقله على قوم أبيه
وقد أجبر قوم الأم على الأداء فيرجعون عليهم به وفي الولاء حين عقل قوم
الأم كان ثابتا لهم وإنما يثبت لقوم الأب مقتصرا على زمان الإعتاق
لأن سببه وهو العتق يقتصر عليه فلا يرجعون به قال وعجمي تزوج
معتقة فولدت فولاء ولدها لمواليها وإن كان له ولاء الموالاة أي وإن
كان للأب ولاء المعاقدة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف
حكم الولد حكم أبيه في الوجهين فيما إذا والى أحدا أو لم يوال ولا يكون
ولاء الولد لمولى الأم لأنه كالنسب والنسب إلى الأب وإن كانت الأم أشرف
لكونه أقوى فكذا الولاء وهذا لأن الأب حر وله عشيرة وموال فكيف ينسب

الى قوم ابيه دون قوم امه فكذا اذا كانت معتقة اذ لا فرق بين كونها عربية
او معتقة ولو عربي تزوج معتقة فان ولدها منها ينسب الى قومه دونها فكذا العجمي
لانه كالعربي في حرية الاصل ولهما ان ولاء العتاقة معتبر لقوته في نفسه
حتى اعتبرت الكفاءة فيه وقال عليه السلام مولى القوم منهم والنسب في حق
العجمي ضعيف لانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لا يعتبر الكفاءة فيه فيما بينهم اذ لا
يفتخرون به اصلا وانما افتخارهم قبل الاسلام بعمارة الدنيا وبعده بالدين
واليه اشار سيدنا سلمان الفارسي رضي الله عنه حين قيل له سلمان بن من
سلمان بن الاسلام فاذا ثبت هذا الضعف في جانب الاب كان وجوده كعدمه
كالعبد وكذا ان كان للاب مولى موالاة لان ولاء الموالاة ضعيف لا يظهر
في مقابلة ولاء العتاقة فصار وجوده كعدمه وكذا حريتهم ضعيفة الا ترى انها
تحتمل الابطال بالاسترقاق بخلاف العربي فان له نسبا معتبرا وحرية ثابتة
فامتنع به نسبة الولد الى معتق الام وبخلاف ما اذا تزوج العجمي عربية لان
الاولاد منها لو نسبوا الى قوم امهم لنسبوا اليهم بالنسب والنسب بالنسبة
الى الام ضعيف غير معتبر الا ترى انهم لا ينسبون اليهم ولا عصوبة بينهم واولاد
المعتقة ينسبون الى قوم امهم وهم عصبتهم ثم القدوري رحمه الله وضع الخلاف
في معتقة العرب ووضعه هنا في مطلق المعتقة وهو الصواب وما ذكره
القدوري اتفاقي لان ولاء العتاقة قوي معتبر شرعا فلا يختلف بين ان
يكون المعتق من العرب او من غيرهم فيجب في الجميع نسبة اولاد المعتقة الى
المعتق ما لم يكن ابوهم عربيا على ما قالوا وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا مات
هذا الولد وترك عمة او غيرها من ذوي الارحام ومعتق امه او عصبتها
كان المال لمعتق امه او عصبته عندهما وعند ابي يوسف يكون لذوي الارحام
لان حكمه حكم ابيه فلا يكون عليه ولاء كما اذا كان الاب عربيا واجمعوا على
انهما لو كانا معتقين او كان الاب معتقا والام مولى موالاة او كان الاب
عربيا والام معتقة كان الولد تبعا للاب وكذا اذا كانا عربيين او عجميين
او كان احدهما عجميا والاخر عربيا قال والمعتق مقدم على ذوي الارحام
مؤخر عن العصبة النسبية وكذا هو مقدم على الرد على ذوي السهام وهو مؤخر
العصبات وهو قول علي رضي الله عنه وبه اخذ علماء الامصار وكان ابن مسعود
رضي الله عنه يقول انه مؤخر عن ذوي الارحام لقوله تعالى واولوا الارحام
بعضهم اولى ببعض في كتاب الله وقال عليه السلام للمعتق في معتقه وان
مات ولم يدع وارثا كنت انت عصبته شرط لارثه الا يدع وارثا وذووا
الارحام من جملة الورثة وكذا الرد على ذوي الفروض يستحق بطريق الارث

فوجب تأخره عن الكل وكذا قوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب يدل
على ذلك لانه شبهه به وما يشبه الشيء لا يزاحمه ولا يتقدم عليه بل يخلفه عند
عدمه ولنا ما روينا من حديث بنت حمزة انه عليه السلام جعل لها النصف
الباقي بعد فرض بنت معتقها حين مات عنها وعن بنت فهذا هو التعصيب
حقيقة فعلم بذلك ان المراد بقوله عليه السلام ولم يدع وارثا وارث هو
عصبة ولفظة العصبة في قوله عليه السلام كنت انت عصبته يدل عليه
لان العصبة هو الذي يأخذ ما ابقته الفرائض وعند الانفراد يحوز جميع
المال وولاء العتاقة تعصيب وهو لا يرث مع العصبة النسبية فكان مؤخرا
فلا يرد علينا ما ذكره الاول من حيث المزاحمة للوارث على انا لا نسلم ان
التشبيه يوجب التأخر او التقدم بل يثبت المماثلة بينهما ليس الا وكان
الاقرب ان يشاركه في الارث لان المماثلة توجبه والا فليس مثلا له لكن اخرناه
عن العصبة النسبية عملا بقوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض
فجعلناه مثله عند عدمه فيتقدم على من يتقدم عليه العصبة ويتأخر عمن
يتأخر عنه العصبة قال فان مات المولى ثم المعتق فميراثه لاقرب
عصبة المولى وليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن
او كاتب من كاتبن لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس للنساء من
الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن او
دبرن او دبر من دبرن او جر ولاء معتقهن او معتق معتقهن ولان ثبوت صفة
المالكية والقوة للمعتق حصل من جهتها فكانت محيية له فينسب المعتق بالولاء
اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها الذي اعتقته وينسب اليها من
ينسب الى معتقها الى ما لا نهاية له بخلاف النسب حيث لا ينسب اليها
الاولاد وانما ينسب الى الاب لانه المالك وصاحب الفراش والمرأة مملوكة
نكاحا فلا يكون مالكة والشبهة في النكاح بالفراش والملك وهي لا تشارك
الرجل فيه وفي ولاء العتاقة النسبة بسبب اثبات القوة الحكمية للمعتق وهي
تساوي الرجل فيه لانها تساويه في ملك المال فينسب اليها كما ينسب
الى الرجل ولهذا جعلت عصبة فيه كالرجل ثم اثبت هنا الولاء للنساء
فيما اعتقن بحرف الحصر لما ذكرنا من المعقول والمنقول ونفاه عنهن في من اعتقه
غيرهن حتى لا يرثن الولاء ممن اعتقه مورثهن لان الولاء لا يجري فيه الارث وانما
يثبت للعصبة بطريق الخلافة والخلافة انما تتحقق بمن يتحقق منه النصرة
والنصرة تتحقق من الذكور دون الاناث الا ترى ان النساء لا يدخلن في العاقلة
فيتحملن الدية كما يتحمل الرجال لعدم النصرة منهن فاذا كان ثبوته بطريق الخلافة

يقدم الاقرب فالاقرب من عصبة المعتق فيقوم مقامه كالارث حتى لو ترك
ابا مولاه وابن مولاه كان الولاء للابن ولو ترك جد مولاه واخا مولاه
كان الولاء للجد لانه اقرب في العصوبة وفي الاول خلاف ابي يوسف
فانه يعطي للاب السدس والباقي للابن وفي الثاني خلاف من يرى توريث
الاخوة مع الجد والمسألة معروفة وكذا الولاء لابن المعتقة دون اخيها
وعقل جنايتها على اخيها لانه من قوم ابيها وجناية معتقها كجنايتها فيكون
عليهم وروي ان علي بن ابي طالب والزبير بن العوام اختصما الى عثمان
في معتق صفية بنت عبد المطلب حين ماتت فقال علي مولى عمتي فانا احق
بارثها لاني اعقل عنها وعنه وقال الزبير مولى امي فانا ارثها فكذا
ارث معتقها فقضى عثمان بالولاء للزبير وبالعقل على علي ولو ترك المعتق
ابن مولاه وابن ابن مولاه كان الولاء للابن دون ابن الابن لما روي عن
جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم منهم عمر وعلي وابن مسعود انهم قالوا
الولاء للكبر اي للاكبر ولاء المعتق والمراد اقربهم نسبا لا اكبرهم سنا ولو مات
المعتق ولم يترك الا ابنة المعتق فلا شيء لبنت المعتق في ظاهر رواية
اصحابنا ويوضع ماله في بيت المال وبعض مشايخنا كانوا يفتون بدفع
المال اليها لا بطريق الارث بل لانها اقرب الناس الى الميت فكانت اولى
من بيت المال الا ترى انها لو كانت ذكرا كانت مستحقة وليس في زماننا
بيت المال ولو دفع الى السلطان او الى القاضي لا يصرفه الى المستحق ظاهرا
وعلى هذا ما فضل عن فرض احد الزوجين يرد عليه لانه اقرب الناس
اليه ولا يوضع في بيت المال وكذا الابن والبنت من الرضاع يصرف اليهما
اذا لم يكن هناك اقرب منهما ذكره في المسائل الثمانية والذميون يتوارثون
بالولاء كالمسلمين لانه احد اسباب الارث **فصل** قال اذا اسلم
رجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه ويعقل عنه او على يد غيره ووالاه
صح وعقله على مولاه وارثه له ان لم يكن له وارث وهو اخر ذوي الارحام
وقال مالك والشافعي لا اعتبار بهذا الولاء اصلا لقوله تعالى واولوا
الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله قيل انها نزلت ناسخة لقوله تعالى
والذين عاقدت ايمانكم فاتوهم نصيبهم ولقوله عليه السلام لا حلف في
الاسلام ولان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث اخر
وقال ليث ابن سعد من اسلم على يد رجل كان ولاؤه له لقوله عليه السلام
حين سئل عن الرجل يسلم على يد الرجل هو اولى الناس بمحياه ومماته
من غير فصل بين ان يوجد منه موالاة اخرى او لم يوجد وقال يحيى بن سعيد

اذا جاء رجل من ارض العدو فاسلم على يد رجل فان ولاءه لمن والاه ومن اسلم
من اهل الذمة على يد رجل فولاؤه للمسلمين عامة لان الذمي يستحق عقد
مع المسلمين وصار تبعا لهم فلا يملك ابطاله كالعتق ولنا اطلاق ما تلونا
والمراد بها عقد الموالاة نقلا عن ائمة التفسير وما رواه ليث محمول على
ما اذا جددوا عقد الموالاة بعد الاسلام توفيقا بينه وبين الاية
وبين اقوال الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن عمر وعلي وابن مسعود وابن
عباس رضي الله عنهم اجمعين مثل مذهبنا ولم يرو عن غيرهم خلاف ذلك
فكان اجماعا ولانه اذا لم يكن له وارث كان له ان يضع ماله حيث شاء
اذ ليس فيه ابطال حق احد معين وبيت المال ليس بوارث ولا مستحق وانما
يوضع فيه مال ضائع ليتصرف فيه الامام اذا لم يكن صاحبه ان يتصرف فيه
لانه نصب ناظرا للغيب فاذا تصرف فيه صاحبه كان تصرفه اولى من تصرف
الامام كما في حال حضرته وقولهم ان الاية منسوخة بقوله تعالى واولوا
الارحام بعضهم اولى ببعض قلنا الذي ورد انها منسوخة في حق التقدم
فانهم كانوا يقدمونه بالبعض على اولي الارحام فنسخ ذلك التقديم
وفي الاية اشارة اليه حيث قال اولى ببعض في كونهم اولى منه لا يوجب سقوطه
عند عدمهم الا ترى ان الاولوية موجودة في كثير من الورثة لا سيما
العصبة ثم عند عدم من هو اولى لا يوجب سقوط الاخر وما تمسكوا به من قوله
عليه السلام لا حلف في الاسلام المراد به الحلف الذي كانوا يتعاقدون
عليه في الجاهلية من قولهم هدمي هدمك ودمي دمك ترثني وارثك فكان
ذلك للتناصر على الحق والباطل والتقديم بالارث على القريب فحظر
الاسلام التناصر على الباطل واوجب التعاون على البر والتقوى
وقدم القريب عليه بالارث ثم شرط صحة هذه الموالاة ان يشترطا الميراث
والعقل لان هذا العقد يقع على ذلك فلا بد من ذكره في العقد ولو شرط
الارث من الجانبين كان كذلك لانه ممكن فيتوارثان بخلاف ولاء العتاقة
حيث لا يرث الا الاعلى ومن شرطه ان يكون مجهول النسب وان لا يكون
عليه ولاء عتاقة ولا ولاء الموالاة قد عقل عنه وان يكون حرا بالغا
عاقلا وحكمه ان يثبت به الارث اذا مات وان يعقل عنه اذا جنى ويدخل
فيه اولاده الصغار ومن يولد له بعد عقد الموالاة ولو عقد مع الصغير
او مع العبد لا يجوز الا باذن الاب والمولى وعند بعضهم لا يشترط ان يكون
مجهول النسب ويشترط ان لا يكون الاسفل عربيا لان تناصر العرب بالقبائل
فاغنى عن الموالاة وكونه اسلم على يديه ليس بشرط لصحة هذا العقد انتهى

قال وله ان ينتقل عنه الى غيره بمحضر من الآخر ما لم يعقل عنه لان
العقد غير لازم كالوصية والوكالة فلكل واحد منهما ان ينفرد بفسخه
بعلم صاحبه وان كان الآخر غائبا لا يملك فسخه وان كان غير لازم لان
العقد تم بهما كما في الشركة والمضاربة والوكالة ولا يخلو عن ضرر لانه
ربما يموت الاسفل فيأخذ الاعلى ماله ميراثا فيكون مضمونا عليه
او يعتق الاسفل عبيدا على حساب ان عقل جنايتهم على الاعلى فيجب
عليه وحده فيتضرر بذلك فلا يصح الفسخ الا بمحضر من الآخر بخلاف
ما اذا عاقد الاسفل الموالاة مع غيره بغير محضر من الاول حيث يصح
وينفسخ العقد الاول لانه فسخ حكمي فلا يشترط فيه العلم كما في الوكالة
والمضاربة والشركة وانما كان كذلك لان الولاء كالنسب اذا ثبت
من شخص منع ثبوته من غيره فينفسخ ضرورة والمرأة في هذا كالرجل
لانها من اهل التصرف وقوله ما لم يعقل عنه لانه اذا عقل عنه ليس له
ان يتحول الى غيره لتأكده بتعلق حق الغير به والحصول المقصود به ولاتصال
القضاء به ولان ولاية التحول قبل ان يعقل عنه باعتبار انه عقد
تبرع من حيث انه تبرع بالقيام بنصرته وعقل جنايته فاذا عقل عنه
صار كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده بعد ما تحمل الجناية عن
ابيه وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول الى غيره
لانهما كشخص واحد في حكم الولاء قال وليس لمعتق ان يوالي احدا
لان ولاء العتاقة لازم لا يحتمل النقض لانه نسبة لا تحتمل النقض
بعد ثبوته ونحو العتق فلا ينفسخ ولا ينعقد معه لانه لا يفيد لان
الارث بولاء العتاقة مقدم على الارث بولاء الموالاة الا ترى ان شخصا
لو مات وترك مولى اعتقه ومولى موالاة كان المال للمعتق قال
ولو والت امرأة فولدت تبعها فيه يعني ولدت ولدا لا يعرف له اب وكذا
لو اقرت انها مولاة فلان ومعها صغير لا يعرف له اب صح اقرارها على
نفسها وتبعها ولدها ويصيران مولى فلان وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا لا يتبعها ولدها في الصورتين لان الام لا ولاية لها
في ماله فلا يكون لها في نفسه اولى ولابي حنيفة ان الولاء كالنسب
وهو نفع محض في حق الصغير الذي لم يدركه اب فتملكه الام كقبول الهبة
ولو اقر رجل انه معتق فلان فكذبه المقر له في الولاء او قال لا بل
[illegible] فاقر المقر لغيره بالولاء لا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
يصح لان اقراره بطل بتكذيب المقر له وصار كأن لم يوجد فكان له ان

يتحول

يتحول الى غيره وله انه اقر بما لا يحتمل النقض فلا يبطل برد المقر له كمن
شهد على رجل بنسب فردت شهادته ثم ادعى الشاهد انه ولده لا يصح فكذا
هذا

كتاب الاكراه

قال رحمه الله هو فعل يفعله الانسان بغيره فيزول به الرضى وقيل
الاكراه فعل يوجد من المكره فيحدث في المحل معنى يصير به مدفوعا الى الفعل
الذي طلب منه وهذا في الشرع وهو في اللغة حمل المكره على امر يكرهه
يقال اكرهته على كذا اي حملته عليه وهو كاره وشرطه ان يكون المكره
قادرا على ايقاع ما هدد به وان يغلب على ظن المكره ان يوقع به ذلك
ان لم يفعل وحكمه اذا حصل به اتلاف ان ينتقل الفعل الى المكره فيما يصلح
ان يكون المكره آلة للمكره فيجعل كانه فعله بنفسه على ما يجيء تفاصيله
والاكراه نوعان ملجئ وغير ملجئ فالملجئ هو الكامل وهو ان يكرهه بما يأتي
على نفسه او على عضو من اعضائه فانه يعدم الرضى ويوجب الالجاء ويفسد
الاختيار وغير الملجئ قاصر وهو ان يكرهه بما لا يخاف على نفسه ولا على تلف
عضو من اعضائه كالاكراه بالضرب الشديد او القيد او الحبس فانه يعدم
الرضى ولا يوجب الالجاء ولا يفسد الاختيار وهذا النوع من الاكراه لا يؤثر
الا في تصرف يحتاج فيه الى الرضى كالبيع والاجارة والاقرار الا ترى ان
الهزل يؤثر فيه لعدم الرضى حتى لا ينفذ معه فكذا مع هذا الاكراه لانه
ينعدم به الرضى والاول يؤثر في الكل فيضاف فعله الى المكره فيصير
كانه فعله والمكره آلة له فيما يصلح ان يكون آلة له كاتلاف النفس والمال
وان لم يصلح ان يكون آلة له اقتصر الفعل على المكره فيكون كانه فعله
باختياره من غير اكراه احد وذلك مثل الاقوال والاكل لان الانسان لا يتكلم
بلسان غيره ولا يأكل بفم غيره فلا يكون مضافا الى غير المتكلم والآكل
الا اذا كان فيه اتلاف فيضاف اليه من حيث الاتلاف لصلاحيته آلة له
فيه حتى اذا اكرهه على العتق يقع كانه اوقعه باختياره حتى يكون الولاء
له ويضاف الى المكره من حيث الاتلاف فيرجع عليه بقيمته وكذا لو اكرهه
على الطلاق يقع ويرجع عليه ان كان فيه اتلاف بان كان قبل الدخول ولو
اكره المرأة على قبول الطلاق بالمال فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها
المال لعدم الرضى لان الرضى في حق المال شرط دون الطلاق ثم اعلم ان
الاكراه لا ينافي اهلية المكره ولا يوجب وضع الخطاب عنه بحال لان المكره
مبتلى والابتلاء يحقق الخطاب والدليل عليه ان افعاله مترددة بين فرض
وحظر واباحة ورخصة ويأثم تارة ويؤجر اخرى كسائر افعال المكلفين

في حالة الاختيار يحرم عليه قتل النفس وقطع طرف الغير والزنا ويعرض
عليه ان يمتنع من ذلك ويثاب عليه ان امتنع ويباح له بالاكراه اكل الميتة
وشرب الخمر ويرخص له به اجرا كلمة الكفر في تلك الحالة واتلاف مال
الغير وافساد الصوم والجناية على الاحرام وهذا دليل على انه
مخاطب **قال** وشرط قدرة المكره على تحقيق ما هدد به سلطانا كان
او لصا وخوف المكره وقوع ما هدد به لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء
بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقا اهليته وذلك لا
يتحقق الا من القادر عند خوف المكره تحقيق ذلك لانه بالتهديد بدون
القادر والخوف منه على نفسه يصير ملجا طبعا وبدونهما لا يصير ملجا فلا
يثبت به حكمه وما روي عن ابي حنيفة رحمه الله من ان الاكراه لا يتحقق الا
من السلطان فذلك محمول على ما شاهد في زمانه من ان القدرة والمنعة
لم تكن في ذلك العصر الا للسلطان فاجاب على ما شاهد وفي زمانهما
كان لكل مفسد متلصص قدرة على ذلك لفساد الزمان فافتيا على ما
شاهداه وبه يفتى اذ ليس فيه اختلاف بل ظهر في حق الحجة **قال** فلو
اكره على بيع او شرا او اقرار او اجارة بقتل او ضرب شديد او حبس مديد
خير بين ان يمضي البيع او يفسخ لان الاكراه الملجي وغير الملجي يعدمان الرضا
والرضا شرط لصحة هذه العقود قال الله تعالى الا ان تكون تجارة
عن تراض فيفسد عند فوات الرضى بخلاف ما اذا اكره بحبس يوم او قيد
يوم او ضرب سوط لانه لا يبالي بمثله عادة فلا يعدم الرضا وهو شرط لثبوت
حكم الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه يتضرر به فذلك
فيكون مكرها مثلا لان ضرره اشد من ضرر الضرب الشديد فيفوت به الرضى
وكذا الاقرار جعل حجة حالة الاختيار لترجح جانب الصدق على جانب
الكذب وعند الاكراه يترجح جانب الكذب على جانب الصدق لدفع الضرر
عن نفسه وقد ربما يكون من الجنس اكراها ما يجي به الاعلام البين ومن
الضرب ما يجي منه الالم الشديد وليس في ذلك حد لا يزاد عليه ولا ينقص
منه لان نصب المقادير بالراي ممتنع بل يكون ذلك مفوضا الى راي
الامام لانه يختلف باختلاف احوال الناس فمنهم من لا يتضرر الا بضرب
شديد وحبس مديد ومنهم من يتضرر بادنى شي كالشرفا والروسا يتضررون
بضربة سوط او بعرك اذنه لا سيما في ملا من الناس او بحضرة السلطان فيثبت
في حقه الاكراه بمثله لان فيه هوانا وذلا اعظم من الالم والاكراه بحبس
الوالدين او الاولاد لا يعد اكراها لانه ليس بملجي ولا يعدم الرضا

بخلاف

بخلاف حبس نفسه **قال** ويثبت به الملك عند القبض للفساد اي يثبت
بالبيع او الشرا مكرها الملك للمشتري لكونه فاسدا كسائر البياعات
الفاسدة وقال زفر رحمه الله لا يثبت به الملك لانه بيع موقوف وليس
بفاسد الا ترى انه لو اجاز بعد زوال الاكراه جاز ولو كان فاسدا لما جاز
لان الفاسد لا يجوز بالاجازة ولا يرتفع الفساد به والموقوف قبل الاجازة
لا يفيد الملك بالقبض كما لو باع بشرط الخيار وسلمه الى المشتري فانه
لا يملك بالقبض ولنا ان ركن البيع وهو الايجاب والقبول صدر من اهله
مضافا الى محله والفساد لعدم شرطه وهو التراضي وفوات الشرط مؤثر
في فساد العقد كالمساواة في الاموال الربوية فانها شرط فيها لجواز البيع
وفواتها يوجب الفساد لا التوقف بخلاف البيع بشرط الخيار فان شرط
الخيار يجعل العقد في حق حكمه كالمتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم
قبل وجود الشرط او نقول لما وجد اصل البيع في محله لا ينعدم ذلك بالكره
فكان ينبغي ان ينعقد كالطلاق الا ان الشرع شرط للحل شرطا زائدا وهو
التراضي ونهانا عن التجارة بدونه فكان النهي بهذا المعنى في غير ما يتم به
المنهي عنه فلم يصير به البيع غير مشروع كما نهانا عن بيع الحنطة بالحنطة
الا بشرط المماثلة وانه زائد على ما يتم به البيع وكان النهي بهذا المعنى
في حق غير المنهي عنه فلم يصير المنهي عنه غير مشروع بل وقع فاسدا لعدم
شرط الجواز الزائد شرعا فكذا ههنا فلم يبق الفرق بين هذا النهي وبين النهي
عن بيع الربوا لان ما تعلق به الحرمة هناك اتصل بالبيع وصفا وفي مسئلتنا
اتصل بالعاقد وهكذا في البيوع الفاسدة كلها يتعلق النهي بالوصف
فيكون مشروعا باصله غير مشروع بوصفه فيفيد الملك بالقبض فكذا
هذا حتى لو قبضه وتصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه كالاعتاق والتدبير
جاز تصرفه فيه وانما نفذ الاجازة لان المفسد يرتفع بها وهو عدم التراضي
فصار كسائر البياعات الفاسدة الا انه لا ينقطع به حق استرداد المبيع
وان تداولته الايدي بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد
ثمة لحق الله تعالى وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم
لحاجته باذنه اما هنا الرد لحق العبد وهما سوا فلا يبطل حق الاول
لحق الثاني ومن مشايخ بخارى رحمة الله عليهم من جعل بيع الوفا كبيع المكره
منهم الامام ظهير الدين والصدر الشهيد حسام الدين والصدر الشهيد
تاج الاسلام وصورته ان يقول البايع للمشتري بعت منك هذا العين
بدين لك علي على اني متى قضيت الدين فهو لي فجعلوه فاسدا باعتبار

شرط الفسخ عند القدرة على ايفاء الدين يفيد الملك عند اتصال القبض
به وينقض بيع المشتري كبيع المكره لان الفساد باعتبار عدم الرضى فكان
حكمه حكم بيع المكره في جميع ما ذكرنا ومنهم من جعله رهنا منهم السيد الامام
ابو شجاع وعلي السغدي والامام القاضي الحسن الماتريدي رحمهم الله .
قالوا لما شرط عليه اخذه عند قضاء الدين اتى بمعنى الرهن لانه هو الذي
يوخذ عند قضاء الدين والعبرة للعقود في المعاني دون الالفاظ حتى
جعلت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة وبالعكس كفالة والاستصناع
عند ضرب الاجل سلما فاذا كان رهنا لا يملكه ولا ينتفع به واي شيء اكل
من زوائده يضمن ويسترده عند قضاء الدين ولو استاجره البايع لا يلزمه
اجرته كالراهن اذا استاجر المرهون وان انتفع به ويسقط الدين بهلاكه
فيثبت فيه جميع احكام الرهن ومن مشايخ سمرقند رحمهم الله من جعله بيعا
جائزا مفيدا لبعض احكامه منهم الامام نجم الدين النسفي فقال اتفق
مشايخنا رحمهم الله في هذا الزمان فجعلوا بيعا جائزا مفيدا لبعض احكام
وهو الانتفاع به دون البعض وهو البيع لحاجة الناس اليه ولتعاملهم
فيه والقواعد قد تترك بالتعامل وجواز الاستصناع لذلك قال صاحب
النهاية وعليه الفتوى ومن المشايخ من جعله باطلا اعتبارا بالهازل وقال
في الكافي والصحيح ان العقد الذي جرى بينهما ان كان بلفظ البيع لا يكون
رهنا ثم ينظر ان ذكرا شرط الفسخ في البيع فسد البيع وان لم يذكرا ذلك في
البيع وتلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء او تلفظا بالبيع الجائز وعندهما
هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم فكذلك وان ذكرا البيع من غير شرط ثم ذكر
الشرط على الوجه المعتاد جاز البيع ويلزمه الوفاء بالمعتاد لان المواعيد
قد تكون لازمة قال صلى الله عليه وسلم العدة دين فيجعل هذا المعتاد
لازما لحاجة الناس اليه وقال جلال الدين في حواشي الهداية صورته
ان يقول البائع لمشتري بعت منك هذا العين بالف على اني لو دفعت
اليك ثمنك تدفع العين الي ثم قال ويسمى هذا بيع الوفاء ويمكن ان يكون
هذا الامر على الاختلاف الذي مضى ذكره وتفسيره به ويدل على انه
مثل الاول وهذا البيع موجود في مصر يتعاملون به وهم يسمونه بيع الامانة
قال وقبض الثمن طوعا اجازة كالتسليم طائعا اي لو اكره على
البيع وقبض الثمن طوعا كان اجازة كما اذا سلم المبيع طائعا لان القبض
او التسليم طائعا دليل الرضا وهو الشرط بخلاف ما اذا اكره على
الهبة دون التسليم وسلم حيث لا يكون اجازة وان سلم طوعا لان

مقصود

مقصود المكره مما يتعلق به الاستحقاق لا صورة العقد والاستحقاق في البيع
يتعلق بنفس البيع فلم يكن الاكراه به اكراها بالتسليم فيكون التسليم
او القبض عن اختيار دليل الاجازة وفي الهبة يقع الاستحقاق بالقبض
لا بمجرد الهبة فيكون الاكراه عليها اكراها بالتسليم نظرا الى مقصود المكره
وهو حمله على شيء يتعلق به الاستحقاق وازالة الملك ليتضرر به المكره
ويعتبر ذلك في اصل الوضع لان البيع وضع لافادة الملك في الاصل وان كان
في الاكراه لا يفيد لكونه فاسدا والهبة لا تفيد الملك قبل القبض باصل
الوضع ويفيد بعده سواء كانت صحيحة او فاسدة فينصرف الاكراه في كل
واحد منهما الى ما يستحق به منه في اصل وضعه وان قبضه مكرها فليس ذلك
باجازة وعليه رد الثمن ان كان قائما في يده لفساد العقد بالاكراه وان
كان هالكا لا يؤخذ منه شيء لان الثمن كان امانة في يد المكره لانه اخذها
باذن المشتري لا على سبيل التملك فلا يجب عليه الضمان قال وان
هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره والبايع مكره ضمن قيمته للبايع
لانه قبضه بحكم عقد فاسد فكان مضمونا عليه بالقيمة قال وللمكره
ان يضمن المكره لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف وان لم يكن آلة له في
حق التكلم لعدم الصلاحية لان التكلم بلسان الغير لا يمكن فصار كانه
دفع مال البايع الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب
لان المكره كالغاصب والمشتري كغاصب الغاصب فان ضمن المكره رجع المكره
على المشتري بالقيمة لانه باداء الضمان ملكه فقام مقام المالك المكره
فيكون مالكا له من وقت وجود السبب بالاستناد ولو ضمن المشتري ثبت
ملك المشتري فيه ولا يرجع على المكره كما لا يرجع غاصب الغاصب على الغاصب
اذا ضمن ولانه ملكه بالشراء والقبض لانه اشتراه وهو بيع حقيقة
من كل وجه غير انه توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الفسخ فاذا ضمنه
قيمته نفذ ملكه فيه كسائر البياعات الفاسدة ولو كان المشتري باعه
من آخر وباع الآخر من آخر حتى تداولته البياعات نفذ الكل بتضمين الاول
وله ان يضمن من شاء من المشترين فايهم ضمنه ملكه وجازت البياعات
التي بعده وبطل ما قبله بخلاف ما اذا اجاز المكره احد هذه البياعات
حيث يجوز الكل ما قبله وما بعده ويأخذ هو الثمن من المشتري الاول
لان البيع كان موجودا والمانع من النفوذ حقه وقد زال المانع بالاجازة
فجاز الكل كالراهن او الآجر اذا باع الرهن او العين المستأجرة فانه
يتوقف لاجل حق المرتهن والمستأجر فاذا اجاز نفذ البيع من جهة المباشر

في المجيز يكون مسقطا حقه لان يكون مملكا باجازته واما اذا اضمنه
فانه لم يسقط حقه لان اخذ القيمة كاسترداد العين فيبطل البياعات
التي قبله ولا يكون اخذ الثمن استردادا للمبيع بل اجازة فافترقا
وبخلاف ما اذا اجاز المالك احد بيوع من باعه الفضولي حيث لا يجوز الا
الذي اجازه المالك ولا يجوز ما قبله ولا ما بعده لان كل واحد منهم
باع ملك غيره فلا يفيد الملك لمشتريه فنفذ الاجازة للمكره اجيز
شراؤه ويبطل البقية لورود ملك بات على ملك موقوف قال وعلى
اكل لحم خنزير وميتة ودم وشرب خمر بحبس وضرب او قيد لم يحل وحل
بقتل وقطع اي لو اكره على هذه الاشيا بما لا يخاف على نفسه او على عضو
كالضرب لا يسعه ان يقدم عليه وبما يخاف على نفسه او عضوه يسعه
ذلك لان حرمة هذه الاشيا مقيدة بحالة الاختيار وفي حالة الاضطرار
بقيا على اصل الحل بقوله تعالى الا ما اضطررتم اليه فانه استثنى حالة
الضرورة والاضطرار والاستثنا يكون عبارة عما ورا المستثنى لانه تكلم
بالحاصل بعد الثنيا فظهر ان التحريم مخصوص بحالة الاختيار وفي حالة
الاضطرار مباح والاضطرار يحصل بالاكراه الملجي وهو ان يخاف على نفسه
او على عضو من اعضائه كما في حالة المخمصة ولا يحصل ذلك بضرب بالسوط
ولا بالحبس حتى لو خاف ذلك منه وغلب على ظنه يباح له وقدره بعضهم
بادنى الحد وهو اربعون سوطا فان هدده به وسعه وان هدده باقل
من ذلك لا يسعه لان ما دون ذلك مشروع بطريق التعزير وهو يقام
على وجه يكون زاجرا لا متلفا بخلاف الحد فان فيه ما يكون متلفا قلنا
لا وجه بالتقدير بالراي واحوال الناس مختلفة منهم من يحتمل الضرب
الشديد ومنهم من يموت بادنى منه فلا طريق سوى الرجوع الى راي المبتلى
به فان غلب على ظنه انه يتلف النفس او العضو يحصل بذلك وسعه والا فلا
قال واثم بصبره اي اذا امتنع من الاكل وصبر حتى اتلف اثم لانها
في هذه الحالة مباحة على ما بينا واهلاك النفس او العضو بالامتناع
من المباح حرام فيأثم الا انه اذا لم يعلم الاباحة في هذه الحالة لا يأثم
لانه موضع الخفا وقد دخله اختلاف العلما رضي الله عنهم وقصد
في زعمه الاحتراز عن المعصية فكان معذورا فلا يأثم كالجهل بالخطاب
في اول الاسلام او في دار الحرب في حق من اسلم فيها وعن ابي يوسف رحمه
الله انه لا يأثم مطلقا لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فيكون اخذا بالعزيمة
قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص على ما بينا فلا يكون حراما

في تلك الحالة فلا يكون الامتناع عزيمة بل معصية وهذا لا يعرف ان
الرخصة استباحة المحظور مع قيام الدليل المحرم والحرمة اي يعامل
معاملة المباح لا ان يكون مباحا حقيقة ولهذا قيل ان الجناية في
الرخصة موجودة وانما انتفت العقوبة فقط كالعفو بعد الجناية
فانه لا يعدم الجناية وانما يسقط المواخذة فقط وعلى هذا الخلاف
لو صبر في حالة المخمصة قال وعلى الكفر واتلاف مال مسلم بقتل
او قطع لا بغيرهما يرخص اي لو اكره على كلمة الكفر او اتلاف مال انسان
بشي يخاف على نفسه او على اعضائه كالقتل وقطع الاطراف يرخص له اجرا
كلمة الكفر على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان لقوله تعالى الا من اكره
وقلبه مطمئن بالايمان ولحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حين ابتلي به
انه صلى الله عليه وسلم قال له كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان
قال فان عادوا فعد الى الطمانينة وفيه نزلت الاية ولان بهذا
الاظهار لا تفوت حقيقة الايمان لان التلفظ به في هذه الحالة لا يدل
على تبدل الاعتقاد لقيام التصديق به حقيقة فلا يكون مفوتا حق
الله تعالى بل فيه العين فيرخص له احيا لنفسه او طرفه لان حرمة العضو لحرمة
النفس الا ترى ان المضطر لا يرخص له قتل النفس لا كل منه ولا قطع عضوه
ولذلك كل ما ثبت حرمته يرخص له هذا الاكراه الكامل وهو الملجي في ذلك
مثل اتلاف مال الغير وافساد الصوم والصلاة والجناية على الاحرام
لان حرمة الكفر لا يحتمل السقوط فلا يتصور الاباحة فيه اصلا وغيره وان
احتمله عقلا لكن لم يوجد سمعا فالتحق بما لا يحتمل السقوط فيثبت بالاكراه
الملجي رخصة لا اباحة مطلقة ولا يثبت بغير الملجي كالضرب والحبس
لانه ليس بملجي ولهذا لا يكون اكراها في شرب الخمر فكيف يكون اكراها في
الكفر وهو اعظم قال وثاب بالصبر اي يكون ماجورا اذا صبر ولم
يظهر الكفر حتى قتل لان خبيبا صبر على ذلك حتى صلب وسماه النبي صلى
الله عليه وسلم سيد الشهدا وقال صلى الله عليه وسلم في مثله هو رفيقي
في الجنة ولان الحرمة قائمة والامتناع عزيمة فاذا بذل نفسه لاعزاز
الدين ولاقامة حق الله تعالى او حق غيره من العباد كان شهيدا الا
ترى انه لو قاتل دون مال غيره فقتل كان شهيدا ولا يقال الكفر مستثنى
في حالة الاكراه بقوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان كما استثنى
الميتة في حالة الاضطرار فكيف يكون حراما في تلك الحالة لانا
نقول الاستثنا هنا راجع الى العذاب لانه المذكور قبله فيبقى العذاب

دون الحرمة بخلاف الخمر وأخواتها فإن المذكور فيه هناك الحرمة فتبقى
في تلك الحالة وهنا لا ينتفي فيبقى على حالها ولكن لو ترخص جاز لما
أن حق الله تعالى لا يفوت به ولا حق العبد لقيام الأمر المصدق بالقلب
ووجوب الضمان على المكره قال وللمالك أن يضمن المكره لأنه هو
المتلف لماله والمكره آلة له فيما يصلح آلة قال وعلى قتل غيره
بقتل لا يرخص أي لو أكره على قتل غيره بالقتل لا يرخص له القتل
لإحيا نفسه لأن دليل الرخصة خوف التلف وهو والمكره عليه في ذلك
سوا فسقط المكره قال وإن قتله أثم لأن الحرمة باقية لما ذكرنا
فيأثم بمباشرته ولأن الإثم يكون بدينه والمكره لا يصلح أن يكون آلة
له في حقه فيقتصر عليه وكذا لو أكره على الزنا لا يرخص له لأن فيه قتل
النفس بالإضياع لأنه يجيء منه ولد ليس له أب يربيه ولأن فيه إفساد
الفراش بخلاف جانب المرأة حيث يرخص لها بالإكراه الملجي لأن نسب الولد
لا ينقطع عنها فلم يكن في معنى القتل من جانبها بخلاف الرجل ولهذا أوجب
الإكراه القاصر درء الحد في حقها دون الرجل قال ويقتص من المكره
فقط وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال زفر رحمه الله يجب
القصاص على المكره دون المكره لأن القصاص يجب على القاتل والقاتل
هو المكره حقيقة لأنه هو المباشر وكذا حكما لأنه يأثم به وهذا لأن
القتل فعل حسي وقد تحقق من المكره والأصل في الأفعال أن يؤاخذ بها
فاعلها إلا إذا أسقط حكم فعليه شرعا وأضيف إلى غيره كما في الإكراه على
إتلاف مال الغير فإنه يسقط حكمه وهو الإثم عن الفاعل وأضيف إلى غيره
وهنا لم يسقط حكم فعليه بل قرر حكم فعله بدليل أنه يأثم إثم القتل وإثم
القتل يكون على الفاعل وقال الشافعي رحمه الله يجب القصاص عليهما
أما المكره فلما قاله زفر رحمه الله وأما المكره فلحصول التسبب منه إلى
القتل حيث أحدث فيه معنى حاملا على القتل والسبب التام ينزل منزلة
المباشر في حق وجوب القصاص عنده ولهذا حكم بوجوب القصاص على
شهود القصاص إذا رجعوا وهذا لأن القصاص شرع لحكمة الزجر والردع
والقتل بالإكراه من المتغلبة غالب فلو لم يجب القصاص لأدى إلى
الفساد فيوجب على الكل حسما لمادته وقال أبو يوسف لا يجب القصاص
على واحد منهما لأن القتل بقي مقصودا على المكره من وجه حتى أثم إثم القتل
وأضيف إلى المكره من وجه من حيث أنه حمل المكره عليه فصار مدفوعا إلى
القتل بموجب طبعه ولأن المكره قاتل حقيقة لا حكما والمكره بالعكس فتمكنت

فيه

فيه الشبهة في الجانبين فلا يجب فيه القصاص ولنا أنه محمول على القتل
بطبعه إيثارا لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح أن يكون آلة له وهو الإتلاف
دون الإثم وهذا لأن الآلة التي تعمل بطبعها كالسيف فإن طبعه القتل
عند الاستعمال في محله وكالنار فإن طبعها الإحراق وكالماء فإن طبعه الإغراق
وباستعمال الآلة يجب القصاص على المستعمل فكذا هنا والدليل على أن
الآمر هو المستعمل له والمأمور جار على موجب طبعه أن ضمان المال المتلف يجب
على الآمر ولولا أنه هو المتلف بالاستعمال لما وجب عليه فعلم بهذا أن الإتلاف
منسوب إلى الآمر وأن المأمور آلة له إذ لا وجه لنسبته إليه إلا بهذا
الطريق فكان الآمر مباشرا للإتلاف لا مسببا له لأنه لو كان مسببا لما وجب
عليه الضمان وإنما كان يجب على المأمور لأن المباشر والمسبب إذا اجتمعا في
الإتلاف كان الضمان على المباشر دون المسبب وهذا لأنه يمكنه أن يجعله
آلة له في إتلاف المال بالإجماع بأن يأخذه ويلقيه في مال إنسان فكذا
في النفس في حق الإتلاف يصلح أن يكون آلة له بهذا الطريق بخلاف الإثم
فإنه لا يصلح أن يكون آلة له في حقه لأن الإثم بالجناية على دينه ولا يقدر
أحد أن يجني على دين غيره فبقي الفعل مقصورا في حقه كما قلنا في الإكراه على
الإعتاق فإنه ينتقل الفعل إلى الآمر في الإتلاف ويقتصر على المأمور من حيث
التلفظ ولا يحتمل آلة له فيه لأنه لا يمكنه أن يتكلم بلسان غيره فاقتصر على
المأمور حتى عتق العبد وكان الولاء له ولو نقل إلى الآمر لما عتق لأنه لا



عتق بدون الملك ولا كان الولاء له لأن الولاء للمعتق وكذا قلنا في الإكراه
على الطلاق حتى يكون مقتصرا عليه في حق التلفظ دون الإتلاف فيرجع
عليه بنصف المهر إن كان قبل الدخول وكذا لو أكره مسلم مجوسيا على ذبح شاة
فإنه ينتقل الفعل إلى المسلم الآمر في حق الإتلاف فيجب عليه الضمان ولا ينتقل
في حق الحل لأنه لا يصلح أن يكون آلة له في حقه لأن الحل في الذبح في الدين
وبالعكس يحل قال وعلى إعتاق وطلاق ففعل وقع أي لو أكره على إعتاق
أو طلاق فأعتق أو طلق وقع العتق والطلاق لأن الإكراه حصل وهو
لا ينافي الأهلية على ما بيناه وعدم صحة بعض الأحكام كالبيع والإجارة
والإقرار لمعنى راجع إلى التصرف وهو كونه يشترط فيه الرضا ومع الإكراه
لا يوجد الرضا وأما العتق والطلاق فلا يشترط فيه الرضا فيقع الأمر
أن العتق والطلاق ينعقدان مع الهزل لعدم اشتراط الرضا فيهما بخلاف
البيع وأخواته قال ورجع بقيمته ونصف المهر إن لم يطأها لمعنى على
المكره لأن الإتلاف منسوب إليه والمكره آلة له فيرجع بقيمة العبد

عليه موسرا كان او معسرا لانه ضمان اتلاف فلا يختلف باليسار والاعسار
اذ ضمان العقد وان لا يختلف بهما بخلاف ضمان الاعتاق لانه ضمان افساد
يتصرف في ملكه من غير تعد ولا جناية على العبد لان السعاية انما تجب
عليه للخروج الى الحرية لكونه معتوق البعض او لتعلق حق الغير به كعتق
الراهن المرهون وهو معسر او عتق المريض عبده وعليه ديون ولم يخرج
من الثلث ولم يوجد شيء من ذلك هنا ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن لان
الضمان وجب عليه بفعله فلا يرجع به على غيره وكذا يرجع بنصف المهر ان
كان قبل الدخول وكان المهر مسمى في العقد وان لم يكن مسمى فيه يرجع
عليه بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بوقوع الفرقة
من جهتها بمعصية كالارتداد وتقبيل ابن الزوج وقد تأكد ذلك بالطلاق
فكان تقرير المال من هذا الوجه فيضاف تقريره الى المكره والتقرير
كالايجاب فكان متلفا له فيرجع عليه بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر
تقرر هنا بالدخول لا بالطلاق ولو قال المكره في مسئلة العتق
خطر ببالي الاخبار بالحرية فيما مضى كاذبا وقد اردت ذلك لا انشاء الحرية
في الحال يعتق العبد في القضاء ولا يصدق لانه خلاف الظاهر ولا يعتق
فيما بينه وبين الله تعالى ولا يضمن المكره له شيئا لزعمه انه لم يقع العتق
ولو قال خطر ببالي ذلك ولم ارد ذلك وانما اردت به الانشاء في الحال
او لم ارد به شيئا او لم يخطر ببالي شيء عتق قضاء وديانة ويرجع بقيمته على
المكره وعلى هذا التفاصيل الطلاق ولو اكرهه على ان يعتق عبده او
يطلق امرأته ففعل يرجع بالاقل من قيمة العبد ومن نصف المهر لان
الضرر كان يندفع بالاقل ولو كان ذلك بعد الدخول لا يجب على المكره
شيء لانه ان اوقع الطلاق فلا يرجع بشيء لما ذكرنا وان اوقع العتق فهو ليس
بمضطر الى ايقاعه اذ كان يمكنه ان يوقع الطلاق ويتخلص قال ولو اكرهه
على التوكيل بالطلاق او العتاق فاوقع الوكيل وقع استحسانا والقياس
ان لا تصح الوكالة لان الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه كالبيع
وامثاله وجه الاستحسان ان الاكراه لا يمنع انعقاد البيع ولكن يوجب
فساده فكذا التوكيل ينعقد مع الاكراه والشروط الفاسدة لا تؤثر
في الوكالة لكونها من الاسقاطات فاذا لم يبطل نفذ تصرف الوكيل
ويرجع الموكل على المكره بما اتلف عليه استحسانا والقياس ان لا يرجع لان
الاكراه وقع على التوكيل وانه لا ينشأ لا تلاف وانما يتلف بفعل الوكيل
بعد ذلك باختياره وقد لا يفعل ذلك لا محالة فلا يضاف التلف الى

التوكيل كما في الشاهدين اذا شهدا ان فلانا وكل بعتق عبده فاعتق الوكيل
ثم رجعا لم يضمنا وجه الاستحسان ان غرض المكره زوال ملكه اذا باشر
الوكيل فكان الزوال مقصودا او جعل ما فعل طريقا الى الازالة
فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه الاكراه ولو اكره على النذر
صح ولزم لانه لا يحتمل الفسخ فلا يعمل فيه الاكراه وهو من الثلاث التي هزلهن
جد ولا يرجع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب
هو به فيها اذ لو كان له الطلب فيها لجنس فيكون الزاما وكذلك



اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لانهما لا يحتملان الفسخ فيستوى
فيهما الجد والهزل وسواء كان اليمين على الطاعة او على المعصية والاصل
فيه حديث حذيفة رضي الله عنه ان المشركين لما اخذوه واستحلفوه
على ان لا ينصر رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة فحلف مكرها ثم اخبر
به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اوف لهم بعهدهم ونحن نستعين
بالله عليهم ولان الظهار كان طلاقا في الجاهلية فاوجب الشرع به حرمة
موقتة بالكفارة فلا يؤثر فيه الاكراه كالطلاق وكذا الرجعة والايلاء
والفيء فيه باللسان لان الرجعة استدامة النكاح فكانت ملحقة به والايلاء
يمين في الحال وطلاق في المآل والاكراه لا يمنع كل واحد منهما والفيء فيه
كالرجعة في الاستدامة ولو بانت بمضي اربعة اشهر ولم يكن دخل بها
لزمه نصف المهر وليس له ان يرجع به على المكره لانه كان متمكنا من الفيء في
المدة وكذا الخلع لانه طلاق او يمين من جانب الزوج وكل ذلك لا يؤثر
فيه الاكراه ثم ان كانت المرأة غير مكرهة لزمها البدل لانها التزمته
بطوعها وان كانت مكرهة لا يلزمها لان المال لا يلزم بدون الرضا
ولو اكرهه على ان يجعل كل مملوك يملكه في المستقبل حرا ففعل ثم ملك مملوكا
عتق ولا ضمان على المكره لان العتق يحصل باعتبار صنع من جهته وان اكرهه
على ان يعلقه بفعله الذي لا بد له منه نحو ان يقول ان صليت فعبدي
حر او اكلت او شربت ثم فعل المكره هذه الاشياء عتق العبد وغرم المكره
قيمته لانه لا بد له من هذه الافعال فكان ملجأ ولو اكرهه على ان يكفر
ففعل لم يرجع بذلك على الذي اكرهه لانه امره بالخروج عن ما لزمه وذلك
حسبة منه لا اتلاف شيء عليه بغير حق ولو اكرهه على عتق عبد بعينه
ففعل عتق وعلى المكره قيمته لانه لم يجب عليه ان يعتق عبدا معينا
عن كفارته فصار بالاكراه عليه متعديا عليه بخلاف الاول لانه لم

يأمره الا بالخروج عما لزمه ولم يكرهه على اتلاف مال لا معنى ثم لا يجزيه هنا
عن الكفارة لانه في معنى العتق بعوض ولو قال انا ابراته من
القيمة حتى يجزيه عن الكفارة لم يجز لان العتق نفذ غير مجزئ
عن الكفارة والموجود بعد ذلك ابراء عن الدين وهو لا يتأدى به الكفارة
ولو قال اعتقته حين اكرهني وانا اريد به عن الكفارة ولم اعتقه لاكراهه
اجزاه عن الكفارة وليس له ان يرجع بقيمة العبد على المكره ولو اكرهه
على ان يعتق نصف عبده فاعتق كله فهو مختار ولا شيء على المكره عند ابي
حنيفة رحمه الله لان الاعتاق يتجزى عنده وما اتى به غير ما اكره عليه فلا
يصير الاتلاف به منسوبا الى المكره الا ترى انه لو امره ان يعتق نصف
عبده فاعتق كله كان باطلا عنده وعندهما يضمن المكره قيمته كله لان الاعتاق
لا يتجزى عندهما فالاكراه على اعتاق النصف اكراه على اعتاق الكل ولو اكرهه
على اعتاق كله فاعتق نصفه يضمن نصفه عنده وعندهما يضمن الكل لان اعتاق
النصف اعتاق للكل عندهما وعنده يقتصر على النصف فيكون اتيا ببعض
ما اكره عليه فيجب الضمان بحسابه ولو اكره على الزنا فزنا يجب الحد عليه
في قول ابي حنيفة رحمه الله الاول وهو قول زفر رح وقال لا يجب عليه
الحد ان اكرهه السلطان وان اكرهه غيره يجب وقالا لا يجب عليه في
الوجهين وهذا اختلاف عصر وزمان على ما بيناه من قبل وجه الاول
ان الزنا من الرجل لا يتصور الا بانتشار الالة والانتشار دليل الطواعية
ولانه لا يمكن نسبة الزنا الى المكره لكونه لا يصلح ان يكون الة له في الزنا
لان الوطي بالة غيره غير ممكن فكان مقتصرا على الفاعل ولهذا لا يسقط به
احصانه دون احصان المكره فلهذا الحد يجب عليه بخلاف المراة لانها محل
الفعل ويتحقق منها الزنا الا ترى انه يتحقق منها وهي نائمة او مغمى عليها
ولا يتصور به وبخلاف الاكراه على القتل لانه يمكن ان يجعل الة له فيه فينسب
الى المكره حتى يجب عليه القصاص ووجه قول المرجوع اليه ان انتشار الالة
قد يكون طبعا كما في النايم فلا يدل على الطواعية فيسقط الحد اذا وجد
الاكراه الملجي لانه لولا الالجاء لما فعل وقصده بالفعل دفع الهلاك عن نفسه
لا قضاء الشهوة ولان الحد شرع للزجر وهو متحقق في غير حالة الاكراه
ولا يمكنه الانزجار في حالة الاكراه لما ان في الامتناع اهلاكه فلا يفيد
شرع الحد في هذه الحالة فلا يكون مشروعا قال وعلى الردة
لم تبن زوجته اي لو اكره على الردة لم تبن امراته باجراء كلمة الكفر على لسانه

وقلبه

٢٩٩

وقلبه مطمئن بالايمان لانه لا يكفر به من غير تبدل الاعتقاد حتى لو ادعت
المراة ذلك وانكر هو كان القول قوله استحسانا والقياس ان يكون
القول لها حتى يفرق بينهما لان كلمة الكفر سبب لحصول البينونة فيستوي
فيها الطائع والمكره كلفظة الطلاق ووجه الاستحسان ان هذه
اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد
والاكراه دليل على عدم تغيره فلا تقع الفرقة ولهذا لا يحكم عليه
بالكفر بخلاف ما اذا اسلم مكرها حيث يحكم عليه بالاسلام لانه وجد
احد الركنين وفي الركن الاخر احتمال فرجحنا جانب الوجود احتياطا لان
الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ونظيره السكران فان اسلامه صحيح وكفره
لا يصح ولا يحكم بردته لعدم قصده وهذا لبيان الحكم اما فيما بينه وبين
الله تعالى فاذا لم يعتقد فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى اسلم ثم
رجع عن الاسلام لا يقتل لانه لما تمكنت الشبهة لاحتمال عدم الاسلام
من الابتداء فيكون كراه اصليا لعدم صحة اسلامه ولو قال المكره
نويت الاخبار باطلا ولم اكن فعلت بانت امراته في الحكم لانه اقر
بوجود المخلص وجوابه مطابق للسؤال فيكون مخالفا لما نوى
باعتبار الظاهر فلا يصدق انه نوى ذلك لان كلامه وقع جوابا لما
طلب منه ظاهرا فالظاهر انه اجاب اليه ونوى ما قصده المكره مع
اقراره على نفسه بوجود المخلص فلا يصدق في حق المراة انه عدل عما
طلبوه منه بالنية فيجعل مجيبا لهم ظاهرا ولو قال طلبت مني وقد
خطر ببالي الخبر عن الباطل بانت ديانة وقضاء لانه كفر حقيقة
حيث اجاب الى ما طلب منه مع وجود المخلص وعلى هذا لو اكره على
الصلاة على الصليب او على سب النبي صلى الله عليه وسلم فقال خطر
ببالي ان اصلي لله تعالى او اسب محمدا اخر فنويت السجود لله تعالى
او سب غير النبي صلى الله عليه وسلم بانت امراته قضاء لا فيما بينه وبين
الله تعالى ولو قال نويت السجود للصليب او سب النبي صلى الله عليه وسلم
كفر ديانة وقضاء لما قلنا ولو قال لم يخطر ببالي شي وفعلت ما طلب
مني وقلبي مطمئن بالايمان لا تبين امراته ديانة ولا قضاء وهو المراد
بالمذكور في الكتاب لانه لم يقر على نفسه بوجود المخلص واجابة ما طلب
منه في حالة الاكراه من خصلة دون غيرها من الاحوال حتى لو خطر بباله
انه لو اكرهه العدو على كلمة الكفر اجراه على لسانه وقلبه مطمئن
بالايمان كفر من ساعته لانه رضي باجراء كلمة الكفر على لسانه من غير اكراه

قصاصاً وقطعها لو نوى ان يكون في وقت في المستقبل **فصل**

قال رحمه الله وحرمة طرف الانسان لحرمة نفسه حتى لو اكره على قطع يد غيره لا يرخص له قطعها كما لا يرخص له قتل نفسه بخلاف اتلاف ماله ولو قطعها اثم القاطع ويجب القصاص على المكره كما قلنا في النفس ولو اكره على قطع طرف نفسه حل له قطعه بخلاف ما اذا اكره على قتل نفسه حيث لا يحل له قتلها لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال في حق صاحب الطرف حتى يحل له قطعها اذا استاكلت ولو قال له لتلقين نفسك في النار او من الجبل او لاقتلنك وكان الالقاء بحيث لا ينجو منه ولكن فيه نوع خفة فله الخيار ان شا فعل ذلك وان شا لم يفعل وصبر حتى يقتل عند ابي حنيفة لانه ابتلي ببليتين فيختار ما هو الاهون في زعمه وعندهما يصبر ولا يفعل ذلك لان مباشرة الفعل سعي في هلاك نفسه فيصبر تحاميا عنه واصله ان الحريق اذا وقع في سفينة وعلم انه لو صبر فيه احترق ولو وقع في الماء غرق فعنده يختار ايهما شا وعندهما يصبر ثم اذا القى نفسه في النار فاحترق فعلى المكره القصاص وان اكره على ان يقطع يد رجل بحديد فقطع ثم قطع رجله بغير اكراه فمات المقطوع من ذلك يجب القصاص على القاطع والمكره لانه مات بفعلين احدهما انتقل الى المكره والاخر اقتصر على القاطع فصارا قاتلين له وعند ابي يوسف رحمه الله الدية في مالهما لان في قطع اليد على المكره الدية عنده فصار نصفها لاخر ما لا ضرورة ولو قال له لتلقين نفسك من راس الجبل او لاقتلنك بالسيف فالقى نفسه فمات فعند ابي حنيفة رحمه الله تجب الدية على عاقلة المكره لانه لو باشر لا يجب عليه القصاص لانه قتل بالمثقل بل فيه الدية على العاقلة فكذا اذا اكره عليه وعند ابي يوسف رحمه الله تجب الدية على المكره في ماله وعند محمد رحمه الله يجب القصاص على المكره لانه كالقتل بالسيف عنده وعلى المكره القصاص عنده ولو قال له الاخر اقتلني فقتله تجب الدية في ماله في الصحيح وهو رواية الاصل لان الاباحة لا تجري في النفوس فكان ينبغي ان يجب القصاص كما قال زفر رحمه الله وانما سقط للشبهة باعتبار الاذن فتجب الدية في مال القاتل لانه عمد والعاقلة لا تتحمله وفي رواية لا يجب شي لان نفسه حقه فصار كاذنه باتلاف ماله وتم لا ضمان فكذا هنا واذا اكره ولي المراة على التزويج بمهر فيه غبن فاحش ثم زال

2

الاكراه فرضيت المراة ولم يرض الولي فللولي الفراق بينهما عند ابي حنيفة رحمه الله لان التبليغ الى تمام المثل حق الاولياء لانهم يتعيرون بالنقصان وقالا ليس لهم ذلك لان المهر خالص حقها حتى تملك اسقاطه وهبته انتهى

كتاب الحجر

قال رحمه الله هو منع عن التصرف قولا لا فعلا بصغر ورق وجنون هذا في الشرع وفي اللغة هو المنع مطلقا اي منع كان ومنه سمي الحطيم حجرا لانه منع من الكعبة وسمي العقل حجرا لانه يمنع من القبائح ومنه قوله تعالى هل في ذلك قسم لذي حجر اي لذي عقل ثم ان الله تبارك وتعالى خلق البشر اشرف خلقه وجعلهم بكمال حكمته متفاوتين فيما يمتازون به عن الانعام وهو العقل وبه سعد من سعد وذلك ان الله تبارك وتعالى ركب في البشر العقل والهوى وركب في الملائكة العقل دون الهوى وركب في البهائم الهوى دون العقل فمن غلب من البشر عقله على هواه كان افضل خلقه لما يقاسي من مخالفة الهوى ومكابدة النفس ومن غلب هواه على عقله كان ارذل من البهائم قال الله تعالى ان هم الا كالانعام بل هم اضل فجعل بعضهم ذوي النهى وجعل منهم اعلام الدين وائمة الهدى ومصابيح الدجى وابتلى بعضهم بما شا من اسباب الردى كالجنون الموجب لعدم العقل والصغر والعته الموجبات لنقصانه فجعل تصرفهما غير نافذ بالحجر عليهما ولولا ذلك لكان معاملتهما ضررا عليهما بان يستجر من معاملهما ما لهما باحتياله الكامل وجعل من ينظر في مالهما خاصا وعاما واوجب عليه النظر لهما وجعل الصبي والجنون سببا للحجر عليهما كل ذلك رحمة منه ولطفا والرق ليس بسبب للحجر في الحقيقة لانه مكلف محتاج كامل الراي كالحر غير انه وما في يده ملك المولى ولا يجوز له ان يتصرف لاجل حق المولى والانسان اذا منع عن التصرف في ملك الغير لا يكون محجورا عليه كالحر لا يقال انه محجور عليه مع انه ممنوع عن التصرف في ملك غيره ولهذا يواخذ العبد باقراره بعد العتق لزوال المانع وهو حق المولى ولعدم نفوذه في الحال وتاخره الى ما بعد الحرية جعله من المحجور عليهم ثم هذه الاشيا توجب الحجر في الاقوال دون الافعال لان الحجر في الحكميات دون الحسيات ونفوذ القول حكمي الا ترى انه يرد ويقبل والفعل حسي حتى لا يمكن رده اذا وقع فلا يتصور الحجر عنه وهو المراد بقوله هو منع عن التصرف قولا لا فعلا **قال** ولا يصح تصرف صبي وعبد بلا اذن ولي وسيد لان الصبي عديم العقل ان

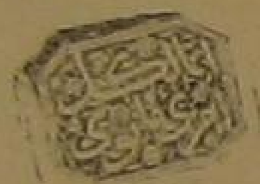
كان غير مميز وان كان مميزا فعقله ناقص لعدم الاعتدال وهو بالبلوغ
فيحتمل فيه الضرر فلا يجوز الا اذا اذن له المولى فيصح حينئذ لترجح
جانب المصلحة فيه ومنع العبد لحق المولى فاذا اذن له فقد زال
فيتصرف باهليته ان كان بالغا عاقلا وان كان صغيرا فهو كالحر الصغير
قال ولا تصرف المجنون المغلوب بحال يعني لا يجوز تصرفه اصلا وان
اجازه الولي لان صحة العبارة بالتمييز وهو لا تمييز له فصار كبيع الطوطي
وانما كان ذلك تارة ويفيق اخرى فهو في حال افاقته كالعاقل والمعتوه
كالصبي العاقل في تصرفاته وفي رفع التكليف عنه وهو الناقص العقل
وقيل هو المدهوش من غير جنون واختلفوا في تفسيره اختلافا كثيرا
واحسن ما قيل فيه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير
الا انه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون قال ومن عقد منهم وهو
يعقله يجيزه الولي او يفسخه اي من عقد البيع او الشرا من هولاء المحجورين
وهو يعقل البيع والشرا بان يعرف ان البيع سالب للملك والشرا جالب
له ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ويقصد به تحصيل الربح والزيادة
فالولي بالخيار ان شا اجازه وان شا رده لانه اذا كان بهذه الصفة
يحتمل ان يكون في عقده مصلحة فيجيزه الولي او المولى ان راى فيه
ذلك كعقد الاجنبي وهو الفضولي فيتوقف على اجازته فان قيل
هذا في البيع مستقيم واما في الشرا فلا يستقيم لانه لا يتوقف بل ينفذ
على المشتري قلنا انما ينفذ على المشتري اذا وجد نفاذا والشرا الفضولي
وهنا لم يجد نفاذا لعدم الاهلية او لتضرر المولى فيتوقف لذلك
قال وان اتلفوا شيئا ضمنوا لما ذكرنا انهم غير محجورين عليهم في حق
الافعال اذ لا يمكن ان يجعل القتل غير القتل والقطع غير القطع
فاعتبر في حقه فيترتب عليه موجبه لتحقق سببه ووجود اهلية الوجوب
وهي الذمة لان الادمي يولد وله ذمة صالحة لوجوب الحق عليه ولكنه
الا انه لا يخاطب بالادا الا عند القدرة كالمعسر لا يطالب بالدين
الا اذا ايسر وكالنائم لا يؤمر بالادا الا اذا استيقظ من النوم قال
ولا ينفذ اقرار الصبي والمجنون لان اعتبار الاقوال بالشرع الا ترى
انه يحتمل الصدق والكذب وقبل الشارع شهادة البعض دون البعض
فامكن رده فيرد نظرا لهما بخلاف الافعال على ما بينا انه فعل حسي
فلا مرد له حتى لو تعلق به حكم شرعا كالحد فلا يعتبر فعله ايضا
الا من حيث انه اتلاف فيجب عليه الضمان قال وينفذ اقرار العبد

في حقه لا في حق مولاه فلو اقر بمال لزمه بعد الحرية لانه اقرار على
غيره وهو المولى لان نفسه وما في يده ملك المولى واقرار الحر على غيره لا
يقبل فاذا عتق زال المانع فيتبع به لوجود سببه عن اهليته قال
ولو اقر بحد او قود لزمه في الحال لان العبد مبقى على اصل الحرية في حقهما
لانهما من خواص الانسانية وهو ليس بمملوك من حيث انه ادمي وان كان مملوكا
من حيث انه مال ولهذا لا يصح اقرار المولى بهما عليه فاذا بقي على اصل الحرية
فيهما ينفذ اقراره بهما لانه اقر بما هو حقه وبطلان حق المولى ضمني
فان قيل قوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق
يقتضي ان لا يملك الاقرار بالحدود والقصاص قلنا لما بقي على اصل الحرية
في حقهما يكون اقرار الحر لا اقرار العبد ولان قوله تعالى بل الانسان
على نفسه بصيرة يقتضي ان يصح اقراره فينفذ ولا يقال انه خص منه الاقرار
بالمال لانا نقول الاقرار بالمال ليس باقرار على نفسه وانما هو اقرار على
غيره فلم يتناوله النص على انا لا نسلم انه مخصوص لانه مقبول ايضا في حق
نفسه حتى يلزمه بعد الحرية ولا يقال ان النص يحمل على انه ورد على الحر
دفعا للتناقض بينه وبين ما روينا قلنا يحمل المروي على غير هذه الصورة
دفعا للتعارض قال لا بالسفه اي لا يحجر عليه بسبب سفه وهذا عند
ابي حنيفة اعلم انه لا يرى الحجر على الحر البالغ العاقل بسبب السفه والدين
والغفلة والفسق وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له
فيه ولا مصلحة وعندهما يحجر عليه بسبب السفه والدين في تصرفات لا يصح
مع الهزل كالبيع والهبة والاجارة والصدقة ولا يحجر عليه في غيرهما
كالطلاق ونحوه وقال الشافعي يحجر عليه بالكل والسفه هو العمل بخلاف
موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجى والسفيه من عادته
التبذير والاسراف في النفقة وان يتصرف تصرفا لا لغرض او لغرض
لا يعده العقلاء من اهل الديانة غرضا مثل دفع المال الى المغني واللعاب
وشرا الحمام الطيارة بثمن غال والغبن في التجارات من غير محمدة
واصل المسامحات في التصرفات والبر والاحسان مشروع والاسراف
حرام كالاسراف في الطعام والشراب قال الله تعالى والذين اذا
انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما وقوله تعالى
ولا تؤتوا السفهاء اموالكم التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها
واكسوهم فهذا نص على اثبات الحجر عليه بطريق النظر فان الولي هو الذي
يباشر التصرف في ماله على وجه النظر وقوله تعالى فان كان الذي

عليه الحق سفيها او ضعيفا او لا يستطيع ان يمل هو فليملل وليه بالعدل وهذا
نص على اثبات الولاية على السفيه وانه مولى عليه فلا يكون ذلك الا بعد
الحجر عليه وروي ان عبد الله بن جعفر كان يفني ماله في الجهاد والضيافات
حتى اشترى دارا للضيافة بمائة الف فبلغ ذلك علي بن ابي طالب فقال
لآتين عثمان ولأسألنه ان يحجر عليه فاهتم بذلك عبد الله وجاء الى الزبير
فاخبره بذلك فقال اشركني فيها فاشركه ثم جاء علي الى عثمان رضي الله عنهما
فسأله ان يحجر عليه فقال كيف احجر على رجل شريكه الزبير وانما قال ذلك
لان الزبير كان معروفا بالكياسة في التجارة فاستدل برغبته انه لا غبن
في تصرفه وهذا اتفاق منهم على جواز الحجر بهذا السبب وان عائشة رضي
الله عنها كانت تتصدق بمالها حتى روي انها كانت لها رباع فهمت تبيع
رباعها للتصدق بالثمن فبلغ ذلك عبد الله بن الزبير فقال لانتهين
عائشة عن بيع رباعها او لاحجرن عليها ولان النظر له واجب حقا لاسلامه
وليس من النظر ان يمكن من التصرف لا على وجه يقتضيه العقل والحكمة
فيحجر عليه نظرا له وهو من جملة التعاون على البر فصار كالصبي بل
اولى لان الصبي انما يحجر عليه لتوهم التبذير وهذا قد تحقق منه ولهذا
يمنع ماله في الابتداء اجماعا بطريق النظر له ومنع المال من غير حجر عليه
لا يفيد لانه ما منع منه يتلفه بلسانه فيحجر عليه نظرا له ولابي
حنيفة ما روى ابن عمر انه عليه السلام ذكر له رجل يخدع في البيع.
فقال من بايعت فقل لا خلابة رواه البخاري ومسلم وفي رواية غيرهما
قيل له احجر عليه ولانه عاقل كامل العقل الا ترى انه مكلف فلا يحجر
عليه كالرشيد بخلاف المعتوه والصبي فانهما ناقصا العقل ولهذا
لم يكلفا فلا يمكن القياس عليهما ولو كان يحجر عليه نظرا له لكان رفع التكليف
انظر له بحيث كلفه الشارع يعلم انه لم ينظر له فكيف ينظر له وهو كامل العقل
والنقصان من جهته بسوء اختياره وقلة تدبيره مكابرا لعقله ومتابعا
لهواه ولان في حجره الحاقه بالبهائم واهدار آدميته وهو اشد ضررا من
التبذير ولا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام يحجر عليه
عنده وذلك كالحجر على المتطبب الجاهل بان يسقيهم دواء مهلكا او اذا قوي
عليهم الداء لا يقدر على ازالة ضرره وكالحجر على المفتي الماجن وهو
الذي يعلم العوام الحيل الباطلة كتعليم الارتداد لتبين المرأة
من زوجها او ليسقط عنها الزكاة ولا يبالي بما يفعل من تحليل الحرام
او تحريم الحلال وكالحجر على المكاري المفلس وهو الذي يتقبل الكراء ويؤجر

الجمال

الجمال وليس له جمال ولا ظهر يحمل عليها ولا مال يشتري به الدواب والناس
يعتمدون عليه ويدفعون الكرى اليه ويصرف هو ما اخذ منهم في حاجته
فاذا جاء اوان الخروج يختفي فيذهب اموال الناس ويفوت حاجاتهم
من الغزو والحج لان دفع الضرر العام واجب وان كان فيه الحاق الضرر
بالخاص ولا يصح القياس على منع المال لعدم الاستواء لان الحجر ابلغ في العقوبة
من منع المال وفي منع المال مفيد لان اكثر ما يتلف بتصرفاته بان لا يهتدي
اليها لسلامة قلبه فيغبن في البياعات فيتحرز عنه بالهبات والصدقات
او بان يجمع اصحابه من اهل الفسق والشر ويطعمهم ويسقيهم ويسرف في الانفاق
عليهم فاذا لم يسلم اليه ماله لا يتمكن من ذلك والمذكور في قوله تعالى ولا
تؤتوا السفهاء اموالكم اموالنا لا اموال السفهاء المراد بالآية ان نطعمهم
ونكسوهم من اموالنا ولا نسلطهم عليها والمراد بالسفهاء الذراري من النساء
والولدان لان النساء والصبيان اذا سلم اليهم المال ضيعوه هكذا قال
ابن عباس وظاهر الآية يشهد لذلك حيث اضيف المال الينا لا الى السفهاء
وان كان المراد اموالهم فيجوز ان يكون المراد بالسفهاء الصغار والمجانين
فلا يلزم حجة مع الاحتمال وقوله تعالى ولا تأكلوها اسرافا وبدارا
ان يكبروا يدل على ان المراد بالآية الصغار لان معنى الآية والله اعلم
لا تأكلوا اموالهم مبادرين كبرهم مخافة ان يكبروا فلا يبقى لكم ولاية
عليهم ولا يعتد الكبر وهو البلوغ فينزع الاموال من ايديهم بالكبر وهذا
يشهد لمذهب ابي حنيفة رحمه الله لانه يدل على زوال الولاية بالكبر
وكذا قوله تعالى فان كان الذي عليه الحق سفيها الآية يحتمل ان يكون المراد
بها الصبيان والمجانين لان السفيه هو الخفيف لغة وذلك بنقصان
العقل كالصبي او بعدمه كالمجنون والصغير الذي ليس بمميز او نقول
الآية تقتضي ان ينفذ تصرف السفيه فان الذي عليه الدين هو الذي
لزمه بمداينة نفسه لقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين ثم
قال وليملل الذي عليه الحق يعني الذي لزمه بذلك المداينة ثم قال
فان كان الذي عليه سفيها اي الحق الذي لزمه بمداينته والله اعلم
فليملل وليه وهذا ظاهر على ان الدين لزمه بمعاملته ثم قد يعجز عن الاملال
لعدم هدايته الى الحساب او لقلة ممارسته بالاملال لانه يحتاج فيه
الى فصاحة وتاليف كلام فيحتاج ان يمل عنه غيره باخباره هو واقراره
على نفسه واكثر الناس على هذا اليوم فان الذي عليه الحق لا يؤلف
كلاما يمليه وانما يعلم ما عليه ثم يؤلفه غيره من الكتاب وحديث عبد الله بن جعفر



دليلنا ان عثمان رضي الله عنه امتنع من الحجر عليه مع سؤال علي وكلام
علي كان على سبيل التخويف له وحديث عائشة رضي الله عنها دليلنا
ايضا لانها لما بلغها قول ابن الزبير حلفت ان لا تكلم ابن الزبير ابدا
فلو كان الحجر مشروعا لما استجازت هذا الحلف من نفسها مجازاة على قوله
فيما هو حكم شرعي وبهذا تبين ان ابن الزبير قال ذلك كراهة ان يفني مالها
فتبتلى بالفقر فتصير عيالا على غيرها والمصير الى هذا اولى ليكون ابعد
من نسبة السفه والتبذير الى الصحابة رضي الله عنهم لا سيما مثل عائشة
زوج النبي الكريم من اهل البيت المطهرين من الرجس رضي الله عنهم اجمعين وكيف
يظن بهم التبذير والمبذرون اخوان الشياطين وما القائل لذلك
الا مكابر لنفسه وجاحد للنصوص وانما كان ذلك على سبيل الشفقة
والنصح خوفا عليهم على ما ذكرنا وكان ذلك من عادتهم الا ترى الى ما روينا
من حديث ابن عمر رضي الله عنه انه قال ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم
انه يخدع في البيع فقال من بايعت فقل لا خلابة ولو كان الحجر مشروعا واجبا
او جائزا لحجر عليه وفيما روى انس رضي الله عنه فاتى اهله النبي صلى الله عليه
وسلم فقال يا رسول الله احجر على فلان فانه يبتاع وفي عقدته ضعف
فدعاه فنهاه عن البيع فقال يا نبي الله اني لا اصبر عن البيع فقال ان
كنت غير تارك للبيع فقل هاء وهاء ولا خلابة رواه ابو داود واحمد
وابن ماجه والدارقطني وصححه الترمذي وهذا اصرح بان الحجر غير مشروع
وان نهيه عليه الصلاة والسلام كان على سبيل الشفقة عليه اذ لو كان
عزيمة لما وسعه ان يقول له اصبر عن البيع ولا كان تباعاته تلزم وعن
ابن عمر ان منقذا شج في رأسه في الجاهلية مأمومة فخبلت لسانه وكان
اذا باع يخدع في البيع فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بايع وقل
لا خلابة ثم انت بالخيار ثلاثا قال ابن عمر فسمعته يبايع ويقول لا خلا
لا خلابة رواه الحميدي في مسنده فقال حدثنا سفيان عن محمد بن اسحق
عن نافع عن ابن عمر فذكره وعن محمد بن يحيى بن حبان قال هو جدي منقذ
ابن عمرو كان رجلا قد اصابته آمة في رأسه فكسرت لسانه وكان لا
يدع على ذلك التجارة وكان لا يزال يغبن فاتى النبي صلى الله عليه وسلم
فذكر ذلك له فقال اذا انت بايعت فقل لا خلابة ثم انت في كل
سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال ان رضيت فامسك وان سخطت
فارددها على صاحبها رواه البخاري في تاريخه وابن ماجه والدارقطني
هكذا ذكره في المنتقى ثم لو حجر عليه القاضي فرفع ذلك الى قاض اخر فرفع

حجره

حجره واطلق عنه جاز اطلاقه لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء لان القضاء
لقطع الخصومة بين المتخاصمين بالقضاء لاحدهما على الاخر ولم يوجد وقال
صاحب الهداية ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء
يعني حتى يلزم لان الاختلاف اذا وقع في نفس القضاء لا يلزم ولا يصير
مجمعا عليه وانما يصير مجمعا عليه ان لو كان الاختلاف موجودا قبل القضاء
فيتاكد احد القولين بالقضاء فلا ينقض بعد ذلك واما اذا كان الاختلاف
في نفس القضاء فبالقضاء تحصل الاختلاف فلا بد من قضاء اخر ليصير مجمعا
عليه لقضائه بعد وجود الاختلاف وهذا معناه ولكن فيه اشكال ههنا
لان الاختلاف فيه موجود قبل القضاء فان محمدا رحمه الله يرى حجره بنفس
السفه ولا ينفذ تصرفاته اصلا فيصير القضاء به على هذا التقدير قضاء
بقول محمد فيتاكد قوله بالقضاء بخلاف القضاء على الغائب فان الاختلاف
فيه في نفس القضاء هل يجوز ام لا فعندنا لا ينفذ وعند الشافعي يجوز فتحصل
الاختلاف بالقضاء فلا يرتفع حتى يحكم بجواز هذا القضاء **قال** فان
بلغ غير رشيد لم يدفع اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة وينفذ تصرفه قبله
ويدفع اليه ماله ان بلغ المدة مفسدا اي ان بلغ خمسا وعشرين سنة دفع اليه
ماله وهذا عند ابي حنيفة وعندهما لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يونس منه
الرشد ولا يجوز تصرفه فيه ابدا لقوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا
اليهم اموالهم ولقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم نهانا عن الدفع
اليه ما دام سفيها وامرنا بالدفع اذا وجد منه الرشد ولا يجوز الدفع اليه
قبل وجوده ولان منع ماله لعلة السفه فيبقى المنع ما بقيت العلة لان
الحكم يدور معها ولابي حنيفة رحمه الله تعالى قوله تعالى وآتوا اليتامى
اموالهم والمراد به بعد البلوغ سمي يتيما لقربه منه ولان اول احوال
البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار اثر الصبا فقدرناه بخمس وعشرين
سنة لانه حال كماله وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه قال ينتهي لب الرجل
اذا بلغ خمسا وعشرين سنة وقال اهل الطبائع من بلغ خمسا وعشرين سنة
فقد بلغ رشده الا ترى انه قد يبلغ سنا يتصور ان يصير جدا لان ادنى
مدة يبلغ فيها الغلام اثنتا عشرة سنة فيولد له ولد لستة اشهر ثم الولد
يبلغ في اثنتي عشرة سنة فيولد له ولد لستة اشهر فقد صار بذلك جدا حتى
لو بلغ رشيدا ثم صار مبذرا لم يمنع منه ماله لان هذا ليس باثر الصبا فلا
يعتبر في منع المال ولان منع المال عنه على سبيل التاديب عقوبة عليه
والاشتغال بالتاديب عند رجاء التأديب فاذا بلغ هذا السن فقد انقطع

وجها التأديب فلا معنى لمنع المال بعد ذلك والمراد بما تلونا من الآية الأولى
منع أموالنا لا أموالهم على ما بينا من قبل والآية الثانية فيها تعليق
بالشرط والتعليق بالشرط لا يوجب العدم عند عدم الشرط على أصلنا
على ما عرف في موضعه ثم لا يتأتى لنا التفريع على قول أبي حنيفة رحمه الله وإنما يتأتى
على قول من يرى الحجر فعندهما إذا باع لا ينفذ بيعه لأن فائدة الحجر عدم النفوذ
وإن كان فيه مصلحة أجازه الحاكم لأن تصرفه موقوف لاحتمال أن يكون
فيه مصلحة فإذا رأى الحاكم فيه مصلحة أجازه وإلا رده كتصرف الصبي
والمعتوه ثم أولهما أنه مكلف عاقل فينفذ تصرفه فيما يضره كالإعتاق
والطلاق ولو باع قبل حجر القاضي عليه جاز عند أبي يوسف رحمه الله لأن
السفه ليس بشيء محسوس وإنما يستدل عليه بالغبن في تصرفاته وذلك
محتمل لأنه يجوز أن يكون للسفه ويجوز أن يكون حيلة منه لاستجلاب قلوب
المجاهزين فإذا تردد لا يثبت حكمه إلا بقضاء القاضي بخلاف الجنون والصغر
والعته ولأن الحجر بالسفه مختلف فيه بين العلماء فلا يثبت حكمه إلا بالقضاء
بمنزلة الحجر بسبب الدين ولأن الحجر عليه لنفسه متردد بين الضرر والنفع لأن
إهدار أهليته ضرر عليه وإبقاء ملكه نظر له فلا بد من القضاء ليترجح أحد
الجانبين على الآخر وعند محمد لا يجوز لأن علة الحجر السفه وقد تحقق في الحال
فيترتب عليه موجبه بغير قضاء كالصبا والجنون والجامع أن الحجر لمعنى في
نفسه والقضاء يكون عند الخصومة ولا خصومة لأحد هنا بخلاف الحجر
بسبب الدين لأنه لحق الغرماء حتى لا يتوى مال الغرماء وهم لا ولاية لهم عليه
حتى يمنعوه وللقاضي عليه ولاية فيتوقف على قضائه لتوقفه على طلبهم
ألا ترى أنهم لو لم يطلبوا ذلك وأبرءوه أو أوفاهم حقهم لا يحجر عليه
وعلى هذا الخلاف إذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وإذا أعتق عبدا عتق
عندهما وقال الشافعي لا يعتق وهذا بناء على الاختلاف في كيفية حجره
وعندهما هو كالهازل فإن الهازل يخرج كلامه على غير نهج كلام العقلاء
لقصد اللعب دون ما وضع الكلام له لا لنقصان في عقله فكذا السفيه
يخرج كلامه في التصرفات على غير نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة
العقل لا لنقصان في عقله فكل كلام لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه السفه
وكل تصرف يؤثر فيه الهزل وهو ما يحتمل الفسخ يؤثر فيه السفه والعتق لا يؤثر
فيه الهزل فينفذ من السفيه وعند الشافعي الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر
بالرق حتى لا ينفذ بعد الحجر شيء من تصرفاته سوى الطلاق كالعبد وإذا
نفذ عندهما فعلى العبد أن يسعى في قيمته عند محمد وهو قول أبي يوسف

الأول

الأول لأن الحجر على السفيه كالحجر على المريض فإنه لأجل النظر لغرمائه وورثته
ثم هناك إذا أعتق عبدا وجب عليه السعاية لغرمائه أو لورثته في ثلثي
قيمته إن لم يكن عليه دين ولا مال له غيره لأن الرد واجب لمعنى النظر وتعذر
رد عينه فيجب نقضه معنى بإيجاب السعاية فكذا هنا وفي قول أبي يوسف
الآخر وهو رواية عن محمد ليس عليه سعاية لو سعى يسعى لمعتقه والمعتق
لا يلزمه السعاية لمعتقه بحال وإنما يلزمه السعاية لأجل غيره ولو دبر
عبده جاز تدبيره لأن التدبير يوجب حق العتق للمدبر فيعتبر بحقيقة العتق
إلا أنه في التدبير لا يجب عليه السعاية ما دام المولى حيا لأنه بعد صحة التدبير
مال مملوك للمولى فيستخدمه ولا يمكن إيجاب نقصان التدبير عليه لأنه باق
على ملكه والمولى لا يستوجب على عبده دينا فتعذر إيجاب النقصان عليه ألا ترى
أنه لو دبر عبده بمال وقبل العبد صح التدبير ولم يجب عليه المال فإن مات
المولى ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبرا لأنه بموت المولى عتق ولأنه أعتقه
في حياته فعليه السعاية في قيمته مدبرا لأن العتق لاقاه مدبرا كما لو أعتقه
بعد التدبير وإن جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد
حرا والأمة أم ولد له لأن في إلحاقه بالصالح في حق الاستيلاد توفير النظر
لاحتياجه إلى ذلك لإبقاء نسله وصيانة مائه والملحق في هذا الحكم بالمريض
المديون إذا ادعى نسب ولد أمته كان هو في ذلك كالصحيح حتى أنها تعتق
من جميع ماله بموته ولا تسعى هي ولا ولدها في شيء لأن حاجته مقدمة على حق
غرمائه بخلاف ما لو أعتقها من غير أن يدعي الولد ولو لم يكن معها ولد فقال
هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها فإن مات سعت في كل
قيمتها بمنزلة المريض إذا قال لأمته وليس معها ولد هذه أم ولدي وهذا
لأنه إذا كان معها ولد فثبوت نسب الولد بمنزلة الشاهد لها في إبطال
حق الغير وكذا في دفع حكم الحجر في تصرفه بخلاف ما إذا لم يكن معها ولد
لأنه لا شاهد لها فإقراره لها بحق العتق بمنزلة الإقرار لها بحقيقة
العتق ولا يقدر على بيعها بعد ذلك وتسعى في قيمتها بعد موته كما لو أعتقها
في حال حياته وإن تزوج امرأة جاز نكاحه لأنه لا يؤثر فيه الهزل فلا يؤثر
فيه السفه فإن سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها وبطل الفضل لأن
التزوج من حوائجه الأصلية ومن ضرورة صحة النكاح وجوب المهر فيلزم
منه مقدار مهر المثل لأنه من ضرورة صحته وما زاد عليه يلزمه بالتسمية
وهو ليس من أهل التزام المال وإن طلقها قبل الدخول وجب لها نصف المسمى
لأن التسمية صحيحة في مقدار مهر المثل وكذا لو تزوج أربع نسوة أو تزوج كل

يوم واحد فطلقها ويخرج الزكاة من مال السفيه وينفق عليه وعلى ولده
وزوجته ومن تجب عليه نفقته من ذوي أرحامه من ماله لأن إحياء ولده
وزوجته من حوائجه الأصلية والإنفاق على ذي الرحم المحرم واجب عليه
حقا لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس ولا حقوق الله تعالى إلا أن
القاضي يدفع إليه قدر الزكاة ليفرقها بنفسه على الفقراء لأن الواجب عليه
الإيتاء وهو عبارة عن فعل يفعله هو عبادة ولا يحصل ذلك إلا بنيته
ويدفع القاضي معه أمينا كيلا يصرفها إلى غير المصرف ويسلم القاضي النفقة
إلى أمينه ليصرفها إلى مستحقيها لأنه لا يحتاج فيها إلى النية فاكتفى فيها
بفعل الأمين ولو حلف وحنث أو نذر نذرا من هدي أو صدقة أو ظاهر
من امرأته لا يلزمه المال ويكفر عن يمينه وغيرها بالصوم لأنه مما يجب بفعله
ولو فتح له هذا الباب لبذر أمواله بهذا الطريق بخلاف ما يجب ابتداء
بغير فعله وإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها لأنها واجبة بإيجاب الله تعالى
ابتداء وليس له فيها صنع وفي الفرائض هو ملحق بالمصلح إذ لا تهمة فيه ولا
يسلم القاضي النفقة إليه بل يسلمها إلى ثقة من الحاج ينفقها عليه
في الطريق بالمعروف كيلا يبذر ولا يسرف ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع
منها استحسانا والقياس أن يمنع لأنها تطوع فصارت كالحج تطوعا وجه
الاستحسان أنها واجبة عند بعض العلماء فيمكن منها احتياطا بخلاف
ما زاد على حجة واحدة ولا يمنع من القران لأنه إذا لم يمنع من إنشاء السفر
لكل واحد منهما على الانفراد فلأن لا يمنع من الجمع بينهما في سفر واحد والمؤنة
تقل فيه أولى وأحرى ولا يمنع من أن يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف
فإن ابن عمر قال لا يجزئه إلا البدنة وإن جنى في إحرامه ينظر إن كان
جناية يجوز فيها الصوم كقتل الصيد والحلق عن أذى ونحو ذلك
لا يمكن من التكفير بالمال بل يكفر بالصوم وإن كان جناية لا يجزي فيه
الصوم كالحلق عن غير ضرورة والتطيب وترك الواجبات فإنه يلزمه الدم
ولكن لا يمكن من التكفير في الحال بل يؤخر إلى أن يصير مصلحا بمنزلة الفقير
الذي لا يجد مالا أو العبد المأذون له في الإحرام وكذا لو جامع امرأته
بعد الوقوف بعرفة يلزمه بدنة ثم يتأخر إلى أن يصير مصلحا وإن أوصى
بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك من ثلث ماله إن كان له وارث
وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز وصيته كما في تبرعاته حال حياته
وجه الاستحسان أن الحجر عليه لمعنى النظر له كيلا يتلف ماله ويبقى
كلا على غيره وذلك في حياته فيما يتلف جميع ماله لا فيما ينفذ من الثلث

بعد

بعد وفاته حال استغنائه عن ماله وفيها ما فيها من الثواب الجزيل والذكر
بعد وفاته بالجميل هذا إذا كانت الوصية منه موافقة لوصايا أهل
الخير والصلاح نحو الوصية بالحج أو للمساكين أو بشيء من أنواع البر يتقرب بها
إلى الله تعالى ويستحسنه المسلمون كالوصية ببناء المساجد والأوقاف
والقناطر والجسور وأما إذا أوصى بوصايا يستقبحه المسلمون فلا ينفذ
قال محمد رحمه الله المحجور بمنزلة الصبي إلا في أربعة أحدها أن تصرف الوصي
في مال الصبي جائز وفي مال المحجور عليه باطل والثاني أن إعتاق المحجور
وتدبيره وطلاقه ونكاحه جائز ومن الصبي باطل والثالث المحجور عليه
إذا أوصى بوصية جازت وصيته من ثلث ماله ومن الصبي لا يجوز والرابع
جارية المحجور عليه إذا جاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه ومن الصبي لا يثبت
قال وفسق أي لا يحجر عليه بسبب فسق هو معطوف على قوله لا لسفه
وقال الشافعي رحمه الله يحجر عليه بسبب الفسق زجرا له وعقوبة عليه
كالسفيه عنده فإنه يحجر عليه زجرا له وعقوبة على إسرافه والفاسق أولى
بذلك ولهذا لم يجعله أهلا للولاية والشهادة وعندنا حجر السفيه
للنظر له صيانة لماله والفاسق مصلح لماله فيدخل تحت قوله تعالى فإن
آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم لأن رشدا نكرة في سياق الشرط فيعم
فيتناوله الآية لأن الرشد المذكور في الآية الإصلاح في المال دون
الإصلاح في الدين والاعتقاد ألا ترى أن الكافر لا يحجر عليه وأي فسق
يكون أعظم منه ولو كان الفسق موجبا للحجر لحجر النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء
بعده على الكفار إذ هو أعظم وجوه الفسق ولا يخفى على أحد فساد هذا القول
قال وغفلة أي لا يحجر على الغافل بسبب غفلته وهو ليس بمفسد ولا
يقصده لكنه لا يهتدي إلى التصرفات الرابحة فيغبن في البياعات لسلامة
قلبه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي يحجر عليه
كالسفيه صيانة لماله ونظرا له ألا ترى أن أهل منقذ طلبوا من النبي
صلى الله عليه وسلم أن يحجر عليه فأقرهم على ذلك ولم ينكر عليهم ولو لم يكن
الحجر مشروعا لأنكر عليهم قلنا الحديث دليلنا لأنه عليه السلام لم يجبهم
إلى ذلك وإنما قال له قل لا خلابة الحديث ولو كان الحجر مشروعا لأجابهم
إليه وقولهم لم ينكر عليهم قلنا النفي لا يحاط بالعلم ولعله أنكر عليهم إلا أنه
لم ينقل إلينا وعدم النقل لا يدل على عدم الوقوع فكم من واقعات لم ينقل
إلينا بل الظاهر أنه أنكر عليهم وما نقل إلينا من عدم إجابته ومخالفته
لهم بالفعل دليل عليه **قال** ودين وإن طلب غرماؤه أي لا يحجر عليه بسبب

دين ولو طلب غرماؤه الحجر عليه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان في الحجر اهدار
اهليته والحاقه بالبهائم وذلك ضرر عظيم فلا يجوز الحاقه به لدفع ضرر خاص
ولا يتصرف الحاكم في ماله لانه حجر عليه لان البيع لا يجوز الا بالتراضي بالنص
فيكون باطلا قال وحبس لبيع ماله في دينه لان قضا الدين واجب عليه
والمماطلة ظلم فيحبسه الحاكم دفعا لظلمه وايضا لايصال الحق الى مستحقه ولا يكون
ذلك اكراها على البيع لان المقصود من الحبس الحمل على قضا الدين باي طريق
شا ان شا بيع ماله وان شا بسبب اخر فلا يكون ذلك اكراها على البيع عينا
وقالا اذا طلب غرما المفلس الحجر عليه حجر عليه القاضي وباع ماله ان
امتنع من بيعه وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص ومنعه من تصرف يضر بالغرما
كالاقرار وبيعه باقل من قيمته لما روي ان معاذا ركبه دين فباع رسول
الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص ولان في الحجر
عليه نظرا للغرما كيلا يلحقهم الضرر بالاقرار والتلجية وبتوان بيعه
من انسان عظيم لا يمكن الانتزاع منه او بالاقرار له بمن ينتفع به من جهته
على ما كان ولان البيع واجب عليه لايفاء دينه حتى يحبس عليه فاذا امتنع
ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة والاباء عن الاسلام قلنا التلجية
موهومة والواجب عليه قضا الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف
الجب والعنة والاباء لان الواجب عليه الامساك بالمعروف او التسريح
بالاحسان فاذا امتنع الامساك بالمعروف تعين الاخر والبيع غير متعين
لقضا الدين فلا ينوب القاضي فيه منابه كالمديون اذا كان معسرا فان القاضي
لا يوجره ليقضي من اجرته الدين او كانت امراة لا يزوجها ليقضي دينها من مهرها
والمحبس ليقضي الدين من اي طريق شا من استقراض واتهاب وسوال صدقة
او بيع مال بنفسه لا ببيع فقط ولان بيع ماله لو جاز للقاضي لما جاز له
حبسه لان فيه ضررا بها بتعذيب المديون وتاخير حق الطالب بلا فايدة
فيكون ظلما واما بيع النبي صلى الله عليه وسلم مال معاذ كان باذنه استعان
بالنبي صلى الله عليه وسلم فالدليل عليه ان بيع ماله لا يجوز حتى يامر ويابي
ولا يظن بمعاذ انه خالف امر النبي صلى الله عليه وسلم حاشاه ولان من
شرط جواز البيع التراضي لقوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل
الا ان تكون تجارة حاضرة عن تراض منكم ولم يوجد الرضى فكان فعل
الحاكم باطلا وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة نفس
منه ونفسه لا تطيب بفعل القاضي بغير رضاه فصار كالاجارة والتزويج
على ما ذكرنا ولو ماله ودينه دراهم قضى بلا امره وكذا اذا كان كلاهما

دنانير لان للداين ان ياخذ بيده اذا ظفر بجنس حقه بغير رضى المديون فكان
للقاضي ان يعينه قال ولو دينه دراهم وله دنانير او بالعكس بيع
في دينه وهذا بالاجماع اما عندهما فظاهر واما عند ابي حنيفة فاستحسان
والقياس ان لا يجوز للقاضي بيعه لما ذكرنا ان هذا الطريق غير متعين
لقضا الدين فصار كالعروض وجه الاستحسان انهما متحدان جنسا
في الثمنية والمالية ولهذا يضم احدهما الى الاخر في الزكاة ومختلفان
في الصورة حقيقة وحكما اما الحقيقة فظاهر واما حكما فلانه لا يجري
ربوا الفضل بينهما لاختلافهما فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية
التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الداين ولاية الاخذ عملا بالشبهين
بخلاف العروض لان الاعراض تتعلق بصورها واعيانها وليس للقاضي
الحاق الضرر بتعيضه بمنع عرضه في ملكه واما النقود فوسايل فالمقصود
فيها المالية دون العين فافترقا قال ثم لم يبع عرضه وعقاره اي
لا يبيع القاضي عرض المديون ولا عقاره وهذا عند ابي حنيفة وعندهما
يبيع وقد بيناه ثم عندهما يبدا القاضي ببيع النقود لانها معدة للتقلب
ولا ينتفع بعينها فيكون بيعها اهون على المديون فان فضل شي من الدين
باع العروض لانها قد تعد للتقلب والاسترباح فلا يلحقه كثير ضرر في
بيعها فان لم يف ثمنها بالدين باع العقار لان العقار تعد للاقتنا فيلحقه
ضرر ببيعه فلا يبيعه الا عند الضرورة وهو نظير صرف الدين الى
اموال الزكاة فانه يصرف اولا الى النقدين ثم الى العروض ثم الى الاهون
فالاهون دفعا وهذا الذي ذكره هو احدى الروايتين عنهما وقال
بعضهم يبدا القاضي ببيع ما يخشى عليه التوى من عروضه ثم ما لا يخشى
عليه التلف منه ثم يبيع العقار فالحاصل ان القاضي نصب ناظرا فينبغي
له ان ينظر للمديون كما ينظر للداين فيبيع ما كان انظر له ويبيع ما يخشى عليه
التلف انظر له ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لان به
كفاية وقيل يترك له دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد من ملبس وقالوا
اذا كان للمديون ثياب يلبسها ويكتفي بدون ذلك فانه يبيع ثيابه ويقضي
الدين ببعض ثمنها ويشتري بما بقي ثوبا يلبسه لان قضا الدين فرض
عليه فكان اولى من التجمل وعلى هذا اذا كان له مسكن ويمكنه ان يجتزي
بما دون ذلك المسكن ويقضي ببعض ثمنه الدين ويشتري بالباقي مسكنا
يكفيه وعن هذا قال مشايخنا رحمهم الله يبيع ما لا يحتاج اليه في الحال حتى
يبيع اللبد في الصيف والنطع في الشتا وان اقر في حال الحجر بمال لزمه ذلك

بقدر قضاء الدين لانه تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم
بالاقرار به لغيرهم بخلاف ما اذا استهلك مالا لغيرهم حيث يزاحمهم صاحب
المال المستهلك لانه فعل حسي والحجر لا يصح في الافعال الحسية وهو مشاهد
فيشاركهم لا نتفاء التهمة بخلاف الاقرار لان اعتباره شرعي فامكن الحجر
فيه ولانه غير مشاهد فيحتمل ان يكون كاذبا فيرد اقراره للتهمة حتى لو
كان سبب وجوب الدين ثابتا عند القاضي بعلمه او بشهادة الشهود شارك
الغرماء ولو استفاد مالا اخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان الحجر ثبت لصيانة
محل قضاء حق الغرماء وحقهم تعلق بالمال القائم في يده وقت الحجر لا
بالمستفاد بعده وينفق على المدين المحجور وعلى زوجته واولاده الصغار
وذوي ارحامه من ماله لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء قال
وافلاس اي لا يحجر عليه بسبب الافلاس بل يحبس حتى يظهر للقاضي انه
لا مال له فاذا ظهر له ذلك اخرجه من الحبس وقد ذكرنا الحبس وما يحبس
فيه من الديون وكيفية الحبس وقدره ومدة من يحبس في كتاب القضاء.
ثم اذا اخرجه من الحبس لا يحول بينه وبين غرمائه بعد الاخراج بل يلازمونه
عند ابي حنيفة لقوله عليه السلام لصاحب الحق اليد واللسان اراد
باليد الملازمة وباللسان التقاضي ويأخذون فضل كسبه ويقسم بينهم
بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة ولو قدم البعض على البعض في القضاء
جاز لانه تصرف في خالص ملكه ولم يتعلق لاحد حق في ماله وانما حقه في
ذمته فله ان يؤثر من شاء من غرمائه ذكره في النهاية وعزاه الى الذخيرة
وذاك الى فتاوي النسفي ولا يمنعونه من التصرف والسفر حالة الملازمة
ولا يجلسونه في مكان لانه حبس بل يدور هو حيث شاء ويدورون معه
لانه بذلك يتمكن من التحصيل لقضاء الدين والحبس غير مستحق عليه بعد
اخراجه منه ولو دخل داره لحاجته قال في الهداية لا يتبعه بل يجلس على باب
داره الى ان يخرج لان الانسان لابد له ان يكون له موضع خلوة وقال
في الزيادات اذا لم يأذن له في الدخول يحبسه على باب الدار ويمنعه
من الدخول كي لا يختفي او يهرب من جانب اخر فيفوت ما هو المقصود من الملازمة
وقال في النهاية ليس لصاحب الحق ان يمنع الملزوم ان يدخل في بيته
لغائط او غداء الا اذا اعطاه الغداء او اعد له موضعا اخر لاجل الغائط
فحينيذ له ان يمنعه من ذلك حتى لا يهرب وفيه اذا كان عمل الملزوم سقي
الماء ونحوه ليس لصاحب الحق ان يمنعه من ذلك ولكن له ان يلزمه او يلزم
نائبه او اجيره او غلامه الا اذا كفاه نفقته ونفقة عياله واعطاه

حينيذ

فحينيذ كان له ان يمنعه عن ذلك لانه لا ضرر على الملزوم في هذه الصورة وقال
ابو يوسف ومحمد اذا فلسه الحاكم حال بينه وبين غرمائه الا ان يقيموا البينة
ان له مالا لقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وقد ثبت
عسرته فوجب انظاره قلنا دينه ثابت في ذمته ولذلك يجوز بيعه
والابرا توجيبا لا انظارا الى الميسرة ونحن نقول به لانه لا يطالبه بشيء من
حقه حتى يثبت انه فعل قد حصل له مال وانما يلازمه ليأخذ ما يحصل
له من المال لان المال غاد ورائح فيمكن ان يحصل له في كل ساعة وفي كل
لحظة والملازمة لا تنافي النظرة الى الميسرة ولان وقوف الشهود
على عدم المال لا يتحقق حقيقة اذ العدم لا يحاط بالعلم وانما يثبت بالاستدلال
على ظاهر حاله فيمكن ان يكون له مال قد اخفاه عن الغرماء لان كثيرا من
الناس يتزيون بزي الفقراء وهم اغنياء فيلازمونه لاحتمال ان يظهر لهم
ماله وقوله الا ان يقيموا البينة ان له مالا اشارة الى ان بينة
اليسار تترجح على بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا لانها تشهد بالوجود
والاخرى بالنفي فالبينة المثبتة اولى من النافية وكان ينبغي ان لا تقبل
النافية اصلا لما ذكرنا لكن قبلت استحسانا بعد الحبس لا قبله لانها
توجب بانضمام الى الحبس طمأنينة فتقبل فيه احتياطا وان قالوا انه
كثير العيال ضيق الحال كان شهادة بالاثبات فيقبل بلا شبهة وفي النهاية
قال محمد رحمه الله للمدعي ان يحبسه في مسجد حيه وان شاء في بيته لانه ربما
يطوف به الاسواق والسكك من غير حاجة وفي ذلك ضرر للمدعي وفي
رواية اخرى عنه لصاحب الحق ان يلزمه مدة تدور العشرة حيث احب من
المصر وان كان الملزوم لا معيشة له الا من كدّه لم يكن له ان يمنعه عن
الذهاب ومن ان يسعى في مقدار قوته يوما فيوما فاذا اكتسب ذلك في يومه
فله ان يمنعه عن الذهاب في ذلك ويحبسه قال هشام سألت محمدا رحمه
الله عن رجل اخرج من الحبس على تفليس فرأى محمد الملازمة مع التفليس
واشار الى المعنى فقال لعل عنده شيئا لا علم لنا به فقال هشام قلت
له فان كانت الملازمة تضر بعياله وهو ممن يكتسب في سقي الماء وطوافه
قال امر صاحب الحق ان يوكل غلاما له يكون معه ولا امنعه عن طلب
قدر قوت يومه ولعياله وكذلك ان كان يعمل في سوقه قال صاحب الهداية
ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب
لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق والاشق عليه الا اذا علم
القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من الدخول داره

وحل لجنبيه بحبسه دفعا للضرر عنه وهذا الذي ذكره يستقيم قبل الحبس
وبعده لا يستقيم لانه لا يحبسه مرة اخرى بعدما اخرجه من الحبس وكان
الكلام فيه ولو كان الدين لرجل على امراة لا يلازمها لما فيه من الخلوة بالاجنبية
لكن يبعث امراة امينة تلازمها **قال** فان افلس ومتاع عين فبايعه
اسوة الغرما اي لو اشترى متاعا فافلس والمتاع قايم في يده فالذي
باعه المتاع اسوة للغرما فيه مراده بعد قبض المشتري المتاع باذن
البايع وان كان قبل القبض فللبايع ان يحبس المتاع حتى يقبض الثمن
وكذا اذا اقبضه المشتري بغير اذنه كان له ان يسترده ويحبسه بالثمن
وقال الشافعي للبايع الفسخ واخذ متاعه قبل القبض وبعده لحديث
سمرة انه عليه السلام قال من وجد متاعه عند مفلس بعينه فهو احق به رواه
احمد وعن ابي هريرة انه عليه السلام قال من ادرك ماله بعينه عند رجل قد
افلس او انسان قد افلس فهو احق به من غيره رواه مسلم والبخاري وجماعة
اخر ولان المشتري عجز عن تسليم احد بدلي العقد وهو الثمن فيثبت للبايع
حق الفسخ كما لو عجز عن تسليم المبيع بالاباق ونحوه والجامع بينهما انه عقد
معاوضة فيقتضي المساواة وكالسلم فانه اذا انقطع المسلم فيه يثبت
لرب السلم خيار الفسخ وكون الثمن معقودا به لا معقودا عليه لا تاثير
له في منع الفسخ الا ترى ان المكاتب اذا عجز عن بدل الكتابة يتمكن المولى
من فسخ الكتابة وبدل الكتابة معقود به كاليمين ولنا قوله تعالى
وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فاستحق النظرة الى الميسرة بالاية
فليس له ان يطالبه قبلها ولا فسخ بدون المطالبة بالثمن وهذا
لان الدين صار مؤجلا الى الميسرة بتاجيل الشارع ولو عجز عن الدين
المؤجل من المتعاقدين لا يجب له خيار الفسخ قبل مضي الاجل فكيف يثبت
له ذلك بتاجيل الشارع وهو اقوى من تاجيلهما ولان العقد يوجب
ملك الثمن للبايع في ذمة المشتري وهو الدين وذلك وصف في الذمة
فلا يتصور فيه العجز ولا يتغير عليه موجب عقده ابدا لان نفاذ ذلك
بسعة محله وهو الذمة فصار كما اذا كان مليا وهو اذا عجز انما يعجز عن
الايفاء والايفاء يثبت بغير بدل لا عن الواجب بالعقد في الذمة فيكون
عجزا عن غير ما وقع عليه العقد فلا يوجب فسخا وانما قلنا ذلك لان ما
وقع عليه العقد لا يتصور قبضه لانه وصف في الذمة والمقبوض عين
الا ترى انه لا يجوز اسقاطه بالابراء او بالاستبدال والاعيان لا يجوز اسقاطها
ولا استبدالها قبل القبض كما في المبيع عينا ودينا لان المسلم فيه مبيع

يجعل

يجعل المقبوض عين ما كان في الذمة حكما للضرورة لان المبيع لا يجوز استبداله
قبل القبض ولا ضرورة هنا فكان المقبوض غير الواجب حقيقة فلا
يكون العجز عنه عجزا عن موجب العقد فلا يثبت له خيار الفسخ ولا حجة
له فيما روي لان المذكور في الحديث الاول من وجد متاعه عند مفلس بعينه
فهو احق به وفي الثاني من ادرك ماله بعينه عند رجل قد افلس فهو احق
به من غيره والمبيع ليس بعين مال البايع ولا متاع له وانما هو مال
المشتري اذ هو خارج عن ملكه وعن ضمانه بالبيع والقبض وانما ماله بعينه
يتم على المغصوب والعواري والودايع والاجارة والرهن فذلك ماله
بعينه فهو احق به من سائر الغرما والحديث ورد فيه وبه نقول وانما يكون
هذا الحديث حجة له ان لو قال فاصاب رجل عين مال قد كان له فباعه
من الذي وجده في يده ولم يقبض ثمنه فهو احق به من سائر الغرما ويؤيده
ما روي عن سمرة مفسرا انه عليه السلام قال من سرق له مال او ضاع له
متاع فوجده في يد رجل بعينه فهو احق بعينه ويرجع المشتري على البايع
بالثمن رواه الطحاوي باسناده فهذا الحديث يفيد ان جميع ما وجد في
يد المفالس يقسم بين غرمائه الا ما ظهر له مالك معين فاذا ظهر له مالك
معين كان هو اولى به من سائر الغرما فان قيل روى هذا الحديث بالفاظ
اخر فان ابا بكر بن عبد الرحمن قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قضى بالسلعة يبتاعها الرجل فيفلس وهي عنده بعينها لم يقبض البايع
من ثمنها شيئا فهو اسوة الغرما وعن ابي بكر المذكور ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال ايما رجل ابتاع رجلا متاعا فافلس الذي ابتاعه ولم
يقبض الذي باعه من ثمنه شيئا فوجده بعينه فهو احق به فان مات المشتري
فصاحب المتاع اسوة الغرما فتبين بهذا الحديث ان المراد بالحديث
الاول البياعة دون غيرهم قلنا قال الطحاوي ان هذا الحديث منقطع
فلا تقوم بمثله حجة وذكر انه مضطرب الاسناد وبين وجه اضطرابه فلهذا
فلا يجوز الاحتجاج به ولا يجوز ان يكون مبينا للمراد بالحديث الاول لانه
يخالفه في المعنى وقوله عقد معاوضة فيقتضي المساواة قلنا تقتضي
التسوية بينهما في الملك وهو حاصل لكل واحد منهما ولئن سلمنا انه
يقتضي التسوية في القبض فقد بطل بالتاجيل الى الميسرة
فلا يبقى له حق الفسخ وقوله كالسلم الخ قلنا المسلم فيه مبيع فيه
والعجز عن المبيع يوجب خيار الفسخ لانه عجز عن تسليم المستحق بالعقد
فيفوت به ما اوجبه العقد والدليل على انه مبيع عدم جواز الاستبدال

به فصار العجز عن تسليمه كالعجز عن تسليم المبيع المعين بخلاف الدين فان العجز عن
تسليمه عجز عن تسليم ما لم يوجبه العقد لان ما اوجبه العقد وصف في الذمة
والمقبوض غيره الا ترى ان عدم القدرة على ايفاء الثمن لا يمنع صحة العقد ابتدا
فكذا بقاء لما ذكرنا فان قيل اذا اشترى بالفلوس النافقة شيئا كانت
الفلوس في ذمته وهي ثمن ثم اذا عجز عن تسليمها بالكساد انفسخ البيع فوجب
ان يكون هنا كذلك قلنا ان الفلوس اذا كسدت تغير موجب العقد فان
العقد اوجب ملك فلوس في الذمة ثمن وبعد الكساد لا يبقى بهذه الصفة
فبطل او نقول لما كسدت صارت عروضا والعروض لا تجب في الذمة الا سلما
فبطل بخلاف الدين بعد الافلاس والمكاتب اذا عجز تغير على المولى موجب
العقد لان موجبه ملك البدل للمولى عند حلول الاجل بالقبض وقبل القبض
لا يملك شيئا لان المكاتب عبد والمولى لا يستوجب دينا في ذمة عبده ولهذا لو
كفل ببدل الكتابة انسان لا يصح ويتفرد العبد بفسخه فاذا عجز فات
موجب العقد فثبت للمولى خيار الفسخ بخلاف الدين في ذمة المفلس فان
العقد فيه اوجب ملكا للثمن للبائع وبالافلاس لا ينعدم ذلك فصار
كما لو كان مليا **فصل** بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال
والانزال والا فحتى يتم له ثماني عشرة سنة والجارية بالحيض والاحتلام
والحبل والا فحتى يتم لها سبع عشرة سنة ويفتى بالبلوغ فيهما بخمس
عشرة سنة وهذا عند ابي يوسف ومحمد وهو قول الشافعي ورواية
عن ابي حنيفة والاول قول ابي حنيفة رحمه الله وعنه في الغلام تسعة عشر
سنة وقيل المراد به ان يطعن في التاسع عشر فلا اختلاف بين الروايتين
لانه لا يتم له ثماني عشرة سنة الا ويطعن في التاسع عشر وقيل فيه اختلاف
الرواية حقيقة لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة اما الاحتلام
فلما روي عن علي رضي الله عنه انه قال حفظت عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم لا يتم بعد الاحتلام ولا صمات يوم الى الليل رواه ابو داود والحبل
والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض يكون في اوان الحبل
عادة فجعل كل ذلك علامة البلوغ واما السن فلهم ما روي عن ابن عمر
انه قال عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم احد وانا ابن اربع
عشرة سنة فلم يجزني وعرضت عليه يوم الخندق وانا ابن خمس عشرة سنة
فاجازني فالظاهر انه عليه السلام لم يجزه الا لانه بالغ ولم يرده الا لانه
لم يبلغ ولان بلوغهما لا يتاخر عنها عادة وهي احدى الحجج الشرعية فيما
لا نص فيه ولابي حنيفة قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي

احسن

احسن حتى يبلغ اشده واشد الصبي ثماني عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس
والقتبي وقيل اثنتان وعشرون سنة وفي قول عمر خمس وعشرون سنة
واقل ما قيل فيه ثماني عشرة سنة فوجب تعليق الحكم به للاحتياط غير
ان الاناث نشوهن وادراكهن اسرع فنقصنا سنة في حقهن لاشتمالها
على الفصول الاربعة التي واحد منها يوافق المزاج لا محالة فيقوى فيه
قال وادنى المدة في حقه اثنتا عشرة سنة وفي حقها تسع سنين
اي ادنى مدة البلوغ بالاحتلام ونحوه في حق الغلام اثنتا عشرة سنة
وفي حق الجارية تسع سنين كذا ذكره صاحب الهداية وغيره ولا يعرف
ذلك الا سماعا فاتبعنا النص **قال** فان راهقا اي الغلام والجارية
وقالا قد بلغنا صدقا واحكامهما احكام البالغين لانه امر لا يوقف عليه
الا من جهتهما فيقبل فيه قولهما كما يقبل قول المراة فيما لا يطلع عليه
غيرها كالحيض وغيره

كتاب المأذون

قال رحمه الله الاذن فك الحجر واسقاط الحق فلا يتوقف ولا
يتخصص هذا في الشرع لان العبد اهل للتصرف بعد الرق لان ركن
التصرف كلام معتبر شرعا لصدوره عن تمييز ومحل التصرف ذمة صالحة
لالتزام الحقوق وهما لا يفوتان بالرق لانهما من كرامات البشر وهو بالرق
لا يخرج من ان يكون بشرا الا انه حجر عليه عن التصرف لحق المولى كي لا يبطل
حقه بتعلق الدين برقبته لضعف ذمته بالرق حتى لا يجب المال في ذمته
الا وهو شاغل لرقبته فاذا اذن المولى فقد اسقط حقه فكان العبد
متصرفا باهليته الاصلية ولهذا لا يرجع على المولى بما لحقه من العهدة
ولا يتوقت بزمان ولا مكان ولا بنوع من التجارة كالمكاتب وعند زفر
والشافعي هو عبارة عن توكيل وانابة لانه يتصرف للمولى باذنه والمانع
من التصرف هو الرق وهو باق بعد الاذن وثمرة الاختلاف تظهر في
صحة التقييد عندهما حتى لا يجوز للعبد ان يجاوز ذلك عندهما كالوكيل
لانه يتصرف للموكل فلا يملك الا ما اطلق له وعندنا يتصرف باهلية نفسه
لنفسه وانما يخلفه المولى في الملك فقط لتعذر ثبوته له وفيما عدا ذلك
هو كالحر لان المانع حق المولى وقد اسقطه والاسقاط لا يقبل التقييد
كالطلاق والعتاق وكما اذا رضي المستاجر ببيع عبد مستاجر من شخص
بعينه دون غيره او اسلم البائع المبيع الى المشتري قبل نقد الثمن على
ان يتصرف فيه نوعا من التصرف دون نوع فانه لا يعتبر فيه تقييد
لان ذلك منه اسقاط لحقه فلا يقبل التقييد بخلاف اذن القاضي

فانه بمنزلة التوكيل ذكره قاضي خان في فتاواه ولا يقال هو ليس باهل لحكم
التصرف وهو الملك فكيف يكون اهلا لسببه وهو التصرف والسبب
غير مشروع لذاته بل للحكمة فاذا لم يترتب عليه حكمه لا يكون مشروعا
كطلاق الصبي وعتاقه لانا نقول حكمه ملك اليد وهو اهل له كالمكاتب
ولهذا يتقدم فيه حاجته من قضاء دينه ونفقته وليس للمولى ان يأخذ
الا ما فضل منه بخلاف المستشهد به فانه لا يثبت فيه حكم تابع في حق الصبي
فلا يكون مشروعا ولا يقال لو كان اسقاطا لما ملك نهيه لانا نقول ليس
باسقاط في حق ما لم يوجد فيكون النهي امتناعا عن الاسقاط فيما لم
يوجد وهو في اللغة الاعلام ومنه الاذان وهو الاعلام بدخول الوقت
وشرطه ان يكون العبد ممن يعقل التصرف ويقصده والاذن ممن يملك
التصرف بيعا واجارة ورهنا ونحو ذلك ولا يشترط ان يكون مالكا
للرقبة حتى جاز الاذن من العبد المأذون والمكاتب والشريك مفاوضة
وعنانا والاب والجد والقاضي والوالي وحكمه هو الفك الشرعي وهو
ما ذكرنا من فك الحجر قال ويثبت بالسكوت اذا رأى عبده يبيع ويشتري
اي يثبت الاذن للعبد بسكوت المولى عندما يراه يشتري ويبيع ولا فرق
في ذلك بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لغيره باذنه او بغير اذنه بيعا
صحيحا او فاسدا هكذا ذكره صاحب الهداية وغيره وذكر قاضي خان في
فتاواه اذا رأى عبده يبيع عينا من اعيان المالك فسكت لم يكن اذنا
وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن وروى
الطحاوي عن اصحابنا انه رضى ويبطل الرهن ولو امره المولى ببيع متاع
غيره يصير مأذونا له ولو رأى عبده في حانوته يبيع فسكت حتى باع
متاعا كثيرا من ذلك كان اذنا ولا ينفذ على المولى بيع العبد لذلك المتاع
ولو رأى المولى عبده يشتري شيئا بدراهم المولى او بدنانيره فلم ينهه
يصير مأذونا له فان نقد الثمن من مال المولى كان للمولى ان يسترده ولا
يبطل البيع بالاسترداد ولو ان رجلا دفع الى عبد رجل متاعا له
ليبيعه فباعه بغير اذن المولى فرآه المولى ولم ينهه كان مأذونا له في
التجارة ويجوز ذلك البيع على صاحب المتاع وتكلموا في العهدة قيل
ترجع الى الآمر وقيل الى العبد وقال زفر والشافعي لا يثبت الاذن
بسكوت المولى عندما يراه يبيع او يشتري لان سكوته يحتمل الرضى
ويحتمل السخط فلا يثبت بالشك ولان الاذن انابة فلا يثبت بالسكوت
كما اذا رأى اجنبيا يبيع ماله فسكت ولم ينهه لا ينفذ عليه بسكوته

وهذا

ولهذا لا يجوز ذلك البيع بدلالة الحال وهو السكوت فاولى ان لا يجوز به
غيره من البياعات وكذا لو رأى القاضي الصبي والمعتوه او عبدهما
يبيع ويشتري فسكت لا يكون اذنا له في التجارة مع ان له ان يأذن
لليتيم والمعتوه اذا لم يكن لهما ولي ولعبدهما او كان لكل واحد منهما
ولي وامتنع من الاذن له عند طلبه منه ذلك وكذا سكوت المرتهن عندما
يرى الراهن يبيع الرهن لا يكون رضى في رواية وكذا اذا رأى عبده
يتزوج او امته تتزوج فسكت لا يكون اذنا له بالزواج وكذا لو اتلف
مال غيره وصاحبه يشهد وهو ساكت لا يكون اذنا له به حتى كان له ان
يطالبه بالضمان ولنا ان هذه التصرفات مبنية على عادات الناس وقد
جرت العادة ان من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويؤدبه عليه فاذا
سكت دل على رضاه به فصار اذنا دلالة ولاجل دفع الضرر عن الناس
فانهم يعتقدون ذلك اذنا فانه قلما يعونه خلافا لفعله على ما
يقتضيه الشرع والعرف فصار كسكوت النبي صلى الله عليه وسلم
عن امر يعاينه عن التغيير والانكار وكسكوت البكر والشفيع والمولى القديم
عندما يرى ماله يقسم بين الغانمين بخلاف ما اذا سكت عندما يبيع
الاجنبي ماله لانه توكيل والوكيل يتصرف للموكل لا لنفسه والتوكيل
لا يثبت بالسكوت وكذا العبد وكيل في حق ما باعه من مال المولى
لانه ملك الغير وهو المولى والتوكيل لا يثبت بالسكوت وكذا اذن القاضي
لانه لا حق له في مال الغير حتى يكون الاذن اسقاطا لحقه وسكوت
المرتهن اجازة في رواية فلا فرق بينهما والفرق على الاخرى انا لو جعلنا
اجازة يلزم المرتهن ضرر عظيم بخروج العين من يده واقامة الثمن
مقامه في جعله رهنا وهو في الذمة ولا يعرف هل يحصل او يتوى عليه
فلا يلحقه هذا الضرر الا بالتصريح منه وهذا هو الجواب في تزوج
العبد والامة وفي اتلاف مال الغير لان للمولى وصاحب المال فيه
ضررا محضا فلا يلزمه بدون التزامه صريحا بخلاف ما نحن فيه
فانه لا ضرر فيه في الحال وفي المآل جانب النفع راجح لان ما يلزمه
من الديون لا يلزمه الا بعوض وجانب تحصيل الربح راجح ولان العبد
في النكاح وكيل عن المولى لان المولى يملك ان يعقد عليه بغير اختياره
ولهذا اذا اذن له بالتزوج لا يكون مأذونا له حتى لا يملك ان
يتزوج الا واحدة لان التوكيل لا يتعمم ولا يثبت بالسكوت بخلاف
البيع قال واذا اذن له عاما لا بشراء شيء بعينه يبيع ويشتري

يعني لو اذن له مولاه اذنا عاما بان قال له اذنت لك في التجارة ولم
يقيده بشراء شي بعينه ولا بنوع من التجارة جاز له التصرف في جميع
التجارات يبيع ويشتري لان اللفظ يتناول جميع انواع التجارة
واما اذا امره بشراء شي بعينه كالطعام والكسوة ولا يكون ماذونا
له لانه استخدام ولو صار ماذونا له لانسد على المولى باب الاستخدام
وعلى هذا لو امره ببيع ثوب بعينه لا يكون ماذونا له وكذا لو قال
له اجر نفسك من فلان لانه امره بعقد واحد فيكون استخداما بخلاف
ما اذا قال له اجر نفسك من الناس او اقعد صباغا او خياطا او قصارا
او قال ادّ الي الغلة انت حر حيث يكون اذنا لانه امره بعقود متعددة
فيدل ذلك على الاذن وكذا اذا قال له كل شهر كذا او كل يوم كذا كان
ماذونا له لانه لا يتوصل الى ادائه الا بالتكسب وذلك بالتجارة لا بالكدية
والفاصل بينهما انه اذا اذن له بعقود متكررة كان ماذونا له كقوله
اشتر ثوبا وبعه او بع ثوبي هذا واشتر بثمنه وان اذن له بعقد واحد
ولم يوجد فيه ما يدل على الاذن لم يكن ماذونا له عادة وقوله ادّ الي الغلة
وانت حر بمنزلة قوله ان اديته الي فانت حر ولو اعطاه راوية وبغلا
وقال استق عليه وبع الماء من الناس كان اذنا لانه امره بالتكسب ذلك
بالاذن ولو غصب العبد ثوبا فامره مولاه ببيعه كان اذنا له لانه
لا يمكن حمله على الاستخدام لعدم الملك فتعين الاذن ولو امره بنوع
من التجارة كان اذنا في الجميع وكذا اذا قيده بوقت او بمعاملة شخص
لا يتقيد به عندنا وفيه خلاف زفر والشافعي بنا على انه توكيل عندهما
وعندنا اسقاط وقد بيناه ثم اذا صار ماذونا له في جميع التجارات
كان له ان يبيع ويشتري وان كان فيه غبن فاحش عند ابي حنيفة رحمه
الله وقالا لا يجوز محاباة لا يتغابن الناس في مثله لان الغبن الفاحش
جار مجرى التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله ولا يجوز من الاب والوصي
والقاضي في مال الصغير والتبرع غير داخل فيه فلا يجوز وهذا لان
المقصود من التجارة الاسترباح وهذا ضده لانه اتلاف ولابي
حنيفة رحمه الله انه تجارة لا تبرع لانه وقع في ضمن عقد التجارة
والواقع في ضمن الشي كان له حكم ذلك الشي وهذا لان التجارة مبادلة
المال بالمال ولهذا يجري فيه احكام البيع في الكل كوجوب الشفعة
وجواز المرابحة وقد فك عنه الحجر في نوع التجارة فيتناول الجميع كفك
الحجر بالاعتاق بخلاف الهبة لانها ليست بتجارة وبخلاف الاب والوصي

والقاضي

والقاضي لان تصرفهم مقيد بالنظر ولا يلزم من صحته من الصبي بعد الاذن
ان يصح منهم كالاقرار بالدين وحق الورثة تعلق بالمالية فليس له ان
يبطله ولهذا لا يملك بالغبن اليسير ايضا فلا يصح الاستدلال به
ولان البيع بالغبن الفاحش من صنيع التجار استجلابا لقلوب المجاهزين
ويبيع بغبن فاحش في صفقة ويربح في اخرى وعلى هذا الخلاف بيع
الصبي والمعتوه الماذون لهما ولو مرض العبد الماذون له وحابى
فيه يعتبر من جميع المال اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فمن جميع
ما بقي بعد الدين لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث
للعبد ولا يقال المولى بمنزلة الوارث لانا نقول رضي بسقوط حقه بالاذن
فصار كالوارث اذا اسقط حقه من الثلثين فان تصرف المريض ينفذ في
الكل بخلاف غرمائه على ما يجي لانهم لم يرضوا بسقوط حقهم فلا ينفذ محاباته
في حقهم وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري اد جميع المحاباة
والا فرد المبيع كما في الحر هذا اذا كان المولى صحيحا وان كان المولى
مريضا لا يصح محاباة العبد الا من ثلث مال المولى كتصرف المولى
بنفسه لان المولى باستدامة الاذن بعد ما مرض اقامه مقام نفسه
فصار تصرفه كتصرفه والفاحش من المحاباة وغير الفاحش فيه سواء حتى
لا ينفذ الكل الا من الثلث قال ويوكل بهما اي يجوز له التوكيل بالبيع
والشرا لانه من توابع التجارة فلعله لا يتمكن من مباشرة الكل فيحتاج
الى المعين قال ويرهن ويسترهن لانهما من توابع التجارة لانهما ايفا
واستيفا ويتقرر ذلك بالهلاك قال ويستاجر ويضارب لانه من صنيع
التجار فيجوز له المضاربة اخذا ودفعا وكذا الاجارة بان يوجر غلمانه
او يستاجر البيوت والحوانيت ويوجرها لما فيهما من طريق تحصيل المال
قال ويوجر نفسه وقال الشافعي رحمه الله ليس له ان يوجر نفسه
لان الاذن لا يتناول التصرف في نفسه ولهذا لا يكون له ان يبيع نفسه
ولا يرهنها فكذا منافعه لان المنافع تابعة للنفس ولنا ان الاجارة
تجارة اذ هو تصرف على غير نفسه اذ هي بيع المنافع دون النفس فيملكه وانما
لا يجوز بيع نفسه لانه يبطل الاذن اصلا لانه يحجر به بخلاف الاجارة ولا
يلزم من امتناع جواز بيع النفس امتناع الاجارة الا ترى ان الحر لا يملك
بيع نفسه ويملك اجارتها واقرب منه المكاتب بل هو نظيره فانه يملك
اجارة نفسه ولا يملك بيعها والرهن يوجب الحبس على الدوام الى قضاء
الدين بغير بدل يقابله فيفوت به غرض المولى وهو التحصيل فلا

يملكه ويشارك شركة عنان لانه من صنيع التجار ولانه طريق لتحصيل الربح وليس
له ان يشارك مفاوضة لانها تتضمن الكفالة وهو لا يملكها لكونها تبرعا
قال ويقر بدين وغصب ووديعة لان الاقرار من توابع التجارة لانه
لو لم يصح اقراره لم يعامله احد فلا بد من قبول اقراره فيما هو من باب التجارة
والاقرار بالدين منه وكذا بالغصب لان ضمان الغصب ضمان معاوضة عندنا
لانه يملك المغصوب بالضمان فكان من باب التجارة ولهذا لو اقر به احد
المتفاوضين كان شريكه مطالبا به وكذا لو اشترى جارية شراء فاسدا
فاقر انه وطئها يجب عليه العقر في الحال لان لزومه باعتبار الشراء اذ لولاه
لوجب الحد دون العقر بخلاف ما اذا اقر بوطئ جارية بالنكاح حيث لا يظهر
وجوب العقر في حق المولى وانما يؤاخذ به بعد الحرية لانه ليس من باب التجارة
ولهذا لو اقر به احد المتفاوضين لم يلزم شريكه والاقرار بالوديعة من باب
التجارة لانه لا يجد بدا منه فكان من توابعه ولوازمه ولا فرق بينما اذا كان
عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته وان كان في المرض قدم غرماء
الصحة كما في الحر والحاصل ان ما يكون من باب التجارة من ديونه يصح اقراره
به صدقه المولى او كذبه وما لا يكون من باب التجارة لا يصدق فيه
لانه فيه كالمحجور عليه ويبطل اقراره للزوج والولد والوالدين عند ابي
حنيفة خلافا لهما وهو كالاختلاف في بيع الوكيل من هؤلاء قال ولا
يتزوج لانه ليس من باب التجارة ولان فيه ضررا على المولى بوجوب المهر
والنفقة في رقبته قال ولا يزوج مملوكه وقال ابو يوسف يزوج
الامة دون العبد لان فيه تحصيل النفقة وهو تحصيل المهر وسقوط
النفقة فاشبه اجارتها ولهذا جاز للمكاتب ووصي الاب والاب ولهما
ان الاذن يتناول التجارة والتزويج ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد
بخلاف المكاتب والاب والوصي لان المكاتب يملك الاكتساب وذلك لا
يختص بالتجارة وكذا الاب والجد والوصي ولان تصرفهم مقيد بالانظر
للصغير وتزويج الامة من الانظر وعلى هذا الخلاف الصبي والمعتوه
الماذون لهما والمضارب والشريك عنانا ومفاوضة وجعل صاحب الهداية
الاب والوصي على هذا الخلاف وهو سهو فانه قد ذكر المسئلة بنفسه
في كتاب المكاتب مثل ما ذكرنا ولم يذكر فيها خلافا بل جعلها كالمكاتب
وكذا في عامة كتب اصحابنا كالمبسوط ومختصر الكافي والتتمة قال
ولا يكاتب لانه ليس من باب التجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل في
الحال مقابل بفك الحجر فلم يكن من باب التجارة ولان الكتابة اقوى من الاذن

لان

لان الكتابة توجب حرية اليد في الحال وحرية الرقبة في المآل والاذن لا
يوجب شيئا من ذلك والشيء لا يتضمن ما هو فوقه الا اذا اجازه المولى ولم
يكن على العبد دين لان الامتناع لحقه فاذا اجازه زال المانع فينفذ
وهذا لما عرف ان كل عقد موقوف وله مجيز حال وقوعه يجوز باجازته
فتكون الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ثم ليس للعبد ان يقبض
البدل لانه نائب عن المولى كالوكيل فكان قبض البدل لمن تولى العقد
من جهته لان الوكيل فيه سفير ومعبر فلا يتعلق به حقوق العقد كالنكاح
بخلاف المبادلة المالية وذكر في النهاية انه لو كان على العبد دين قليل
او كثير فكتابته باطلة وان اجازها المولى لان قيام الدين يمنعه من ذلك
قل او كثر وهذا مشكل فان الدين اذا لم يكن مستغرقا لرقبته ولما في يده
لا يمنع الدخول في ملك المولى باجماع اصحابنا حتى جاز للمولى عتق ما في يده فكيف
يتصور هذه المسئلة وعلى قول من يبنى هذا وانما الخلاف في المستغرق
فعند ابي حنيفة يمنع من دخوله في ملك المولى وعندهما لا يمنع ولو ادى المكاتب
البدل الى المولى قبل الاجازة ثم اجاز المولى لا يعتق ويسلم المقبوض للمولى
لانه كسب عبده قال ولا يعتق لانه فوق الكتابة فكان اولى بالامتناع
وان اجازه المولى ولم يكن عليه دين جاز وكان قبض العوض اليه ان كان
العتق على مال وان كان عليه دين مستغرق لا ينفذ عند ابي حنيفة خلافا
لهما بناء على انه يملك ما في يده ام لا قال ولا يقرض لانه تبرع ابتداء وهو
لا يملكه قال ولا يهب لانه تبرع محض وسواء كان بعوض او بغير عوض لانه
تبرع ابتداء او ابتداء وانتهاء قال ويهدي طعاما يسيرا ويضيف
من يطعمه لان التجار محتاجون اليه لاستجلاب قلوب المجاهزين وروي انه
عليه السلام كان يجيب دعوة المملوك والمراد به الماذون له لان المحجور عليه
ليس له ان يتخذ الضيافة اليسيرة لعدم الاذن وعن ابي يوسف ان المحجور عليه
اذا دفع اليه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا باس
به بخلاف ما اذا دفع اليه قوت شهر لانهم اذا اكلوه يتضرر به المولى ولا يمكن
ان يقدر للضيافة تقدير لانه يختلف باختلاف المال وغيره وقالوا في الهدية
ليس له ان يهدي الا الشيء اليسير من الماكول وليس له ان يهدي الدراهم
ولا باس للمراة ان تتصدق من بيت زوجها بشيء يسير كرغيف ونحوه بدون استطلاع
راي الزوج لان ذلك ماذون فيه عادة وما روي انه عليه السلام
قال عام حجة الوداع لا تخرج المراة من بيت زوجها فقيل له والطعام
فقال عليه السلام الطعام افضل اموالنا المراد به المدخر كالحنطة والدقيق

وأما غير المدخر فلهما أن تتصدق به على العادة الجارية بين الناس والأب
والوصي لا يملكان في مال الصغير ما يملكه العبد المأذون له من اتخاذ
الضيافة اليسيرة والصدقة قال ويحط من الثمن بعيب لأنه من
صنيع التجارة وقد يكون الحط أنظر له في قبول المعيب بخلاف الحط
من غير عيب أو الحط أكثر من العادة لأنه تبرع محض بعد تمام العقد وليس
من صنيع التجار فلا ضرورة إليه بخلاف المحاباة ابتداء لأنه قد يحتاج
إليه التاجر على ما بيناه وله أن يؤجل في دين وجب له لأنه من عادات التجار
قال ودينه متعلق برقبته يباع فيه إن لم يفده سيده وقال زفر والشافعي
يتعلق بالكسب لا بالرقبة فلا تباع رقبته ويباع كسبه بالإجماع لهما أن
رقبته ليست كسبه فلا يباع في دينه كسائر أموال المولى وهذا لأن رقبته
ملك المولى فلا يتعلق بها الدين إلا بتعليقه ولأن غرضه بالإذن تحصيل مال
لم يكن لا تفويت مال كان فلا يكون مشروعا أصلا ولنا أن هذا دين ظهر
وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين الاستهلاك والمهر ونفقة
الزوجات ولأن بيعه بالدين كان جائزا حين كان يباع الحر بالدين على ما روي
أنه عليه السلام باع رجلا فقال إنه سرق في دينه فانتسخ في حق الحر فبقي
في حقه على حاله لعدم المانع في تعلقه برقبته يتعامل فيحصل غرضه وينتفي
الضرر عنه بدخول ما اشتراه العبد في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي
تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما جميعا ويبدأ بالكسب لأنه أهون على المولى مع
إيفاء حق الغرماء وعند انعدامه يستوفى من الرقبة دفعا للضرر عن الغرماء
ولا يعجل القاضي ببيعه بل يتلوم لاحتمال أن يكون له مال يقدم عليه
أو دين يقتضيه فإذا مضت مدة التلوم ولم يظهر له وجه باعه لأن القاضي
نصب ناظرا للمسلمين وقد نظر للمولى بالتلوم فوجب النظر للغرماء بالبيع
ثم بيع القاضي هذا العبد مجمع عليه بين أصحابنا وإن كان أبو حنيفة
لا يرى بيع القاضي مال المفلس ولا يرى الحجر على المكلف فإن قوله إنه
إنما امتنع بيع القاضي مال المفلس لأن بيعه يؤدي إلى الحجر عليه وهو لا يرى
الحجر على المكلف فامتنع لذلك وأما في العبد المأذون له فإن المولى محجور
عليه عن بيعه قبل ذلك لأنه لا يملك بيعه بعدما تعلق برقبته الدين لما فيه
من إبطال حق الغرماء فلا يكون محجورا عليه ببيع القاضي ولهذا المعنى
يبيع القاضي كسب العبد أيضا والمراد بالدين ما ظهر في حق المولى
وأما ما لم يظهر في حقه لا يباع العبد به ولا يطالب به إلا بعد الحرية
قال وقسم ثمنه بالحصص أي بين الغرماء لأن ديونهم متعلقة برقبته

فيتحاصون في الاستيفاء من البدل كما في التركة ويشترط لبيع العبد في دينه
أن يكون المولى حاضرا لأن المولى هو الخصم في رقبة العبد كما إذا ادعى رقبته
إنسان ولا يكون العبد فيه خصما وفي بيع كسبه لا يشترط حضور المولى ويشترط
حضور العبد لأن العبد هو الخصم في كسبه ألا ترى إذا ادعى كسبه كان هو الخصم
فيه قال وما بقي طولب به بعد عتقه أي ما بقي من الدين بعدما اقتسم
الغرماء ثمنه يطالب به بعد الحرية ولا يطالب به في الحال لأن ديونهم ثابتة في
ذمته ولم يستوفوا الكل منه لأن رقبته لم تف به فيتأخر بينهم على حاله في ذمته
فيستوفونه إذا قدر على إيفائه ولا يقدر إلا بعد العتق لأنه لا يمكن بيعه
ثانيا ولا استسعاؤه لأن المشتري يتضرر بذلك ولأنه لو علم المشتري
أنه يباع عليه ثانيا أو يستسعى يمتنع من شرائه فيؤدي إلى امتناع البيع بالكلية
فيعود الضرر على غرمائه فلا يشرع ولأن الغرماء بالخيار إن شاؤوا استسعوا
العبد وإن شاؤوا باعوه فإذا باعوه لم يبق لهم تعلق به لأن من خير بين شيئين
أو أشياء فاختار أحدها بطل خياره في غيره وليس له الجمع بين الكل ولو اشتراه
بعد ذلك مولاه الذي باعه للغرماء لم يكن لهم على العبد تعلق لأن هذا
ملك حدث بسبب جديد وتبدل الملك كتبدل العين حكما فصار كأنه عبد
آخر ولأنهم لما اختاروا البيع بطل اختيار غيره على ما بيناه ولأنهم لما باعوه
ملكوا السعاية للمشتري الأول بما أخذوا منه من الثمن وهو ملكه من المولى
الأول فقام مقامه فلا يكون لهم الرجوع عليه كما لا يكون لهم الرجوع على
المشتري الأول وفي نفقة الزوجة يباع مرارا كلما تجددت لأن النفقة
تتجدد ساعة فساعة فيكون دينا حادثا بعد البيع ويتعلق دين الغرماء
بجميع ما في يده من المال المكتسب بعد الدين وقبله بأي سبب كان وقال
زفر لا يتعلق دينه إلا بما اكتسبه بطريق التجارة ولا يتعلق بما وهب للعبد
أو تصدق عليه به لأن وجوب الدين عليه بسبب التجارة فما كان من
كسب تجارته يتعلق به الدين لاتحاد السبب وما لم يكن من كسب تجارته فهو
كسائر أموال المولى قلنا حق العبد مقدم على حق المولى فإنه لا يأخذ
من كسبه إلا الفاضل منه لأن العبد من أهل الاستحقاق فلا يسلم للمولى
إلا بشرط الفراغ عن حاجة العبد لأن العبد ليس بأهل للملك فيخلفه
كالميت يخلفه وارثه بشرط الفراغ عن حاجته ولا فرق في ذلك بين أن
يكون مكتسبا بطريق التجارة أو غيرها كتركة الميت ويسلم للمولى ما أخذه
من العبد قبل لحوق الدين لأنه حين أخذه منه كان فارغا عن حاجته
فيخلص له بمجرد القبض ولو كان المولى يأخذ من العبد كل شهر الغلة قبل

لحوق الدين كان له ان ياخذ بعد لحوقه غلة مثله استحسانا وفي القياس
لا يجوز له ذلك لان حق الغرما مقدم في كسبه على المولى وجه الاستحسان
ان في اخذه الغلة منفعة للغرما فانه يتركه على حاله لاجل ما يحصل له
من المنفعة ولو لم ياخذ يحجر عليه فينسد عليهم باب الاكتساب وكان اخذه
من الغلة لتحصيل الكسب لهم فلا يمنع منه الا اذا اخذ منه اكثر من غلة مثله
فيسترد منه الزايد لانه لو مكن من ذلك لم يحصل غرض الغرما فلم يكن في
اخذه فايدة لهم فيؤخذ فيه بالقياس فيمتنع فيقدم فيه حقهم قال وينحجر
بحجره ان علم به اكثر اهل سوقه وقال الشافعي حجره صحيح وان لم يعلم به
احد من اهل سوقه وهذا بنا على ان الوكيل ينعزل بعزل الموكل وان لم يعلم
عنده وعندنا لا ينعزل حتى يعلم وكذا لا يشترط لصحة الحجر ان يعلم العبد
نفسه عنده وعندنا يشترط هو يقول ان المولى يتصرف في خالص حقه فيستبد
به ولا يتوقف على علم غيره ولنا ان حجره عليه لو صح بدون علمهم لتضرروا به
لانه اذا اكتسب شيا فالمولى ياخذه وان لحقه دين يقيم البينة انه كان
حجر عليه قبله فيتاخر حقهم الى ما بعد العتق وهو موهوم وهو ليس
بمتحقق لا يدري العتق ام لا ومتى يعتق فيكون غارا لهم فلا يكون محجورا
عليه حتى يعلموا دفعا للغرور عنهم ويكتفى بعلم اكثر اهل سوقه وفي القياس
لا يكتفى الا بعلم الجميع دفعا للضرر عنهم وجه الاستحسان ان اعلام
الكل متعذر او متعسر وفيه حرج وهو مدفوع فيكتفى بالاكثر لان الاشتهار
وهو المقصود يحصل بذلك ولو حجر عليه بحضرة الاقل لم يصر محجورا عليه
حتى لو بايعه من علم منهم ومن لم يعلم جاز البيع لانه لما صار ماذونا له
في حق من لم يعلم صار ماذونا له في حق من علم ايضا لان الاذن لا يقبل
التخصيص على ما بينا او نقول ان الحجر لا يتجزى كما لا يتجزى الاذن لانه
ضده وكان كل واحد منهما لا يقبل التخصيص فترجح جانب الكثرة فيكون
الحكم له لان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام لا سيما في موضع
الاشتهار لانه من الاكثر يحصل الاشتهار حتى يستوعب الكل ولهذا اكتفى
بتبليغ الرسالة الى الاكثر حتى لا يعذر احد بالجهل باحكام
الشرع بل يلزمه بعد الاسلام وان كان جاهلا بها بخلاف ما اذا كان
في موضع لم يبلغه كدار الحرب ويبقى العبد ماذونا له الى ان يعلم بالحجر
كما يبقى الوكيل على الوكالة حتى يبلغه العزل ولانه لو انحجر من غير علمه لتضرر
بتصرفه بعد الحجر بلزومه قضاء ما لزمه به بعد الحرية من خالص ماله
وهو لم يرض به وانما يشترط ان يكون الحجر شايعا فيما اذا كان الاذن شايعا

اما اذا لم يعلم بالاذن الا العبد ثم حجر عليه بعلم العبد صار محجورا عليه لعدم
الاضرار باحد قال وبموت سيده وجنونه ولحوقه بدار الحرب مرتدا اي
يصير محجورا عليه بهذه الاشيا علم العبد او لم يعلم لان الاذن غير لازم وما
لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتدا كانه ياذن له ابتدا في كل
ساعة لتمكنه من الفسخ والحجر عليه في كل ساعة فتركه على ما كان عليه كانشا
الاذن فيه فيشترط قيام الاهلية في تلك الحالة كما يشترط في الابتدا وقد
زالت الاهلية بالموت والجنون وكذا باللحاق لانه موت حكما حتى يعتق
مدبروه وامهات اولاده ويقسم ماله بين ورثته فصار محجورا عليه في ضمن
بطلان الاهلية فلا يشترط فيه علمه ولا علم اهل سوقه لان الحجر حكمي فلا
يشترط فيه العلم كانعزال الوكيل بهذه الاشيا وبافتراق الشريكين وكما اذا
اخرجه المولى عن ملكه وكالشركة تبطل بملك احدهما ما لا يصح فيه الشركة
وتصير عنانا وان كان لا يملك احدهما ابطالها والمراد بالجنون المطبق
وقد ذكرناه في الوكالة والاختلاف فيه قال وبالاباق اي بالاباق
ايضا يصير محجورا عليه دلالة حتى لا يشترط ان يعلم اهل سوقه كما في الجنون
وقال زفر والشافعي لا يكون محجورا عليه بالاباق لان الاباق لا ينافي ابتدا
الاذن الا ترى انه اذا اذن لعبده المحجور عليه الآبق صح وجاز للعبد ان يتجر
اذا بلغه فلان لا يمنع بقاه وهو دونه اولى فصار كما اذا غصب وهذا لان
صحة الاذن باعتبار ملك المولى وقيام رايه ولم يختل ذلك بالاباق فكيف
يصير محجورا عليه بخلاف ما اذا جن واخواته على ما بينا ولنا ان المولى
لم يرض بتصرف عبده المتمرد الخارج عن طاعته عادة فكان حجرا عليه
دلالة والحجر مما يثبت بالدلالة كالاذن والاباق يمنع الابتدا عندنا
على ما ذكره شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده قلنا ان يمنع ولين سلمنا
فالدلالة ساقطة العبرة مع التصريح بخلافها واما الغصب فان كان المولى
يتمكن من اخذه بان كان الغاصب مقرا بالغصب او كان للمالك بينة يمكنه ان
ينتزعه من يد الغاصب وينزع كسبه فيجوز ان ياذن له ابتدا فكذا بقا
دلالة وان كان لا يتمكن من اخذه بان كان الغاصب جاحدا ولم يكن للمالك
بينة يمتنع الاذن ابتدا فكذا بقا لعدم ما يدل عليه ولو عاد من الاباق
فالصحيح ان الاذن لا يعود قال والاستيلاد اي الامة الماذون لها
تصير محجورا عليها باستيلادها المولى وقال زفر لا تصير محجورا عليها
وهو القياس لان المولى اذا اذن لام ولده ابتدا يجوز فكذا بقا وجه الاستحسان
ان العادة جرت بتحصين امهات الاولاد وانه لا يرضى بخروجها واختلاطها

بالرجال في المعاملة والتجارة ودليل الحجر كصريحه كما قلنا بخلاف ما اذا
اذن لامته ولده صريحا لان الصريح يفوق الدلالة فكان اولى بالاخذ به
ونظيره اذا قدم ما بين يدي انسان يكون اذنا منه بالاكل حتى حل له التناول
ثم اذا نهاه صريحا عن الاكل لا يعتبر الدلالة قال لا بالتدبير يعني
المأذون لها لا يصير محجورا عليها بالتدبير لان العادة لم تجر بتحصين
المدبرة فلم يوجد دليل الحجر فبقيت على ما كانت اذ لا تنافي بين حكمي التدبير
والاذن لان حكم التدبير انعقاد حق الحرية في الحال وحقيقة الحرية في المآل
وحكم الاذن فك الحجر وحق الحرية لا يمنع فك الحجر قال رحمه الله وضمن
بهما قيمتهما للغرماء اي ضمن المولى بالاستيلاد والتدبير قيمتهما لانه اتلف
بالتدبير والاستيلاد محلا تعلق به حق الغرماء لانه بفعله امتنع بيعهما
وبالبيع يقضى حقهم قال وان اقر بما في يده بعد حجره صح وهذا عند
ابي حنيفة سواء اقر بانه امانة عنده او غصب او اقر بدين فيقضيه منه
وقال ابو يوسف ومحمد لا يصح اقراره وهو القياس لان المصحح لاقراره
هو الاذن وقد زال بالحجر ويده على اكسابه قد بطلت بالحجر لان يد المحجور
عليه غير معتبرة فصار كما اذا اخذه المولى من يده بعد حجره عليه قبل
اقراره او ثبت حجره بالبيع ونحوه او كان عليه دين مستغرق لما في يده قبل الحجر
فاقر بعد الحجر بدين اخر او كان الدين في يده من المال حصله بعد الحجر
بالاحتطاب ونحوه ولهذا لا يصح اقراره في حق رقبته بعد الحجر عليه
حتى لا تباع رقبته بالدين بالاجماع ولا يلزم على هذا عدم اخذ المولى
ما اودعه عند الغائب المحجور عليه لان منع المولى من اخذه هناك فيما
اذا لم يعلم انه كسب العبد حتى اذا علم انه كسبه كان له ان ياخذه ووجه
الاستحسان ان المصحح للاقرار قبل الحجر عليه هو اليد ولهذا لا يصح
اقراره قبل الحجر عليه فيما اخذه المولى واليد باقية حقيقة وشرط
بطلانها بالحجر فراغ ما في يده من الاكتساب عن حاجته واقراره
دليل على تحققها بخلاف ما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان يده
قد زالت عنه ويد المولى ثابتة فيه حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره
وبخلاف اقراره بعدما باعه المولى من غيره لانه بالدخول في ملك غيره
صار كعين اخر لما عرف ان تبدل الملك كتبدل العين فصار اقراره كاقرار
عبد اخر فلا يقبل فيما في يده كما لا يقبل فيما اخرجه من يده وبخلاف ما
اذا كان عليه دين مستغرق لما في يده وقت الحجر عليه لان حق اصحاب الديون
تعلق بما في يده فلا يقبل اقراره في ابطال حقهم فيقدمون على المقر له

كالمريض يقر بدين وعليه دين في صحته فان اقراره لا يقبل في حق غرمائه
فيقدمون عليه وبخلاف ما اكتسبه بعد الحجر لان حقهم لم يتعلق به لما
ان حق الغرماء لم يتعلق بكسب المحجور عليه وبخلاف رقبته لانها ليست
في يده ولان ملك المولى في الرقبة باق حتى ينفذ فيها اعتاقه وان كان
على العبد دين مستغرق فلا يملك ابطاله بخلاف ما في يده من الاكتساب
فان المولى لا يملكه اذا استغرقه الدين ويد العبد فيه ثابتة حقيقة
ولو ارتفعت لارتفعت حكما للحجر وشرط ارتفاعها بالحجر ان لا يكون عليه
دين الا ترى ان المولى ممنوع عن ابطال يد العبد ما دام عليه دين حتى
يوفيه ولما كان شرط ولايته ابطال يد العبد عدم الدين لا يحكم بنفاذ الحجر
في حق زوال يد العبد عما في يده ما لم يثبت عدم الدين بدليله ولا يكتفي
بثبوت عدم الدين لعدم دليل وجوده كمن قال لعبده ان لم ادخل الدار اليوم
فانت حر فمضى اليوم ولم يعتق اذا ادعى المولى الدخول وان كان الاصل عدم
الدخول وهو ثابت لعدم دليل الدخول لان عدمه لما جعل شرطا لثبوت العتق
لم ينفذ العتق بالعدم الثابت لعدم دليل الوجود فكذا هذا وهو الذي
يقول له الفقهاء الظاهر لا يصلح للاستحقاق ويصلح للدفع وهو استصحاب
الحال واذا لم يثبت الحجر بمثل هذا العدم في حق ما في يده بقي الاذن على حاله
في حقه كانه لم يحجر عليه قال ولا يملك سيده ما في يده لو احاط دينه
بماله ورقبته فبطل تحرير عبد من كسبه وهذا عند ابي حنيفة وقالا يملك
ما في يده من كسبه وينفذ عتقه في عبده ويغرم قيمته للغرماء لانه يملك
المأذون له فيملك كسبه بالضرورة لان ملك الرقبة سبب لملك كسب الرقبة
لان الرقبة اصل وكسبه فرع واستغراقها بالدين لا يوجب خروج المأذون
له عن ملكه حتى لو اعتقه نفذ عتقه فيه وملك وطء المأذون لها فكذا اكسابه
الذي في يده لانه يتبع اصله فيكون مثله وتعلق حق الغرماء به استيفاء
لا يوجب خللا في ملكه ولو اوجب لما حل وطء المأذون لها اذ الوطء لا يحل
بدون كمال الملك بخلاف الوارث اذا اعتق عبدا من التركة وهي كلها مشغولة
بالدين حيث لا ينفذ العتق لان انتقال الملك الى الوارث عند استغنائه
عنه نظرا له ولهذا يقدم في الارث الاقرب فالاقرب لان الصرف الى الاقرب
انفع له فاذا كان عليه دين كان النظر له في الصرف الى قضاء الدين دون
النقل الى الورثة فلا يملكونه ولابي حنيفة ان ملك المولى انما يثبت في كسب العبد
التاجر خلافة عنه عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما بيناه والمحيط
به الدين مشغول بحاجته فلا يخلفه فيه ولا يدخل في ملكه فلا يعتق باعتاقه

لانه لا عتق فيما لا يملك ابن ادم بخلاف رقبته لان المولى لا يخلفه في ملك رقبته
بل كان مالكا له من قبل الاذن فيبقى ملكه بعد الدين على ما كان قبله وهو
نظير المكاتب فان المولى يملك رقبته حتى ينفذ عتقه باعتاقه ولا يملك ما في يده
من اكسابه حتى لا ينفذ اعتاقه فيه فاذا نفذ عتقه في رقبة المأذون
له عنده وعندهما فيه وفي كسبه يغرم المولى للغرماء قيمته لانه اتلف بالاعتاق
ما تعلق به حقهم وكذا لو اتلف المولى ما في يده من الكسب يضمن لما ذكرنا
لكن يضمن قيمته للحال عندهما لانه ملكه وانما ضمنه لتعلق حق الغير به
وعنده في ثلاث سنين لانه ضمان جناية لعدم ملكه ولو اشترى ذا رحم محرم
من المولى لم يعتق عنده لعدم الملك وعندهما يعتق ولو استولد جارية عبده
المأذون له وعليه دين مستغرق صارت ام ولد له ويضمن قيمتها ولا يضمن عقرها
ولا قيمة ولدها وهذا بالاتفاق اما عندهما فلانه ملكها حقيقة وعنده صادف
حق الملك ولهذا لا يجوز للمولى ان يتزوجها ولو اعتقها المولى وعلى العبد
دين مستغرق ثم وطئها فولدت عتقت بالاستيلاد وعليه العقر لها ويثبت
نسب الولد منه عند ابي حنيفة لان العتق توقف عنده على ان ينفذ عند تملكه
الجارية الا ترى انه لو قضى دين الغرماء او ابرأ الغرماء العبد عن ديونهم حتى
ملك الجارية نفذ عتقه فكذا اذا ملك الجارية بالاستيلاد ذكره في المحيط
قال وان لم يحط صح اي ان لم يحط الدين برقبته وما في يده جاز عتقه
وهذا بالاجماع اما عندهما فظاهر وكذا عنده في قوله الاخر وفي قوله
الاول لا يملك فلا يصح اعتاقه لان الدين متعلق بكسبه وفي حق التعلق
لا فرق بين القليل والكثير كما في الرهن وجه قوله الاخر ان الشرط هو الفراغ
وبعضه فارغ وبعضه مشغول فلا يجوز ان يمنع الملك في الكل لان شرطه
عدم الملك لم يوجد في الكل ولا يجوز ان يمنع بقدره لان البعض ليس باولى
من البعض فيثبت الملك في الكل ولانه لا يخلو عن قليل دين ولو جعل القليل
مانعا لانسد باب الانتفاع بكسب عبده فيختل ما هو المقصود من الاذن
واصله ان استغراق التركة بالدين يمنع ملك الوارث في التركة وان كان
غير مستغرق ففي قول ابي حنيفة الاول كذلك وفي قوله الاخر يملك الوارث
جميع التركة على ما يجيء تقريره من بعد ان شاء الله تعالى **قال** ولم يصح
بيعه من سيده الا بمثل القيمة لانه لا تهمة له بمثل القيمة فيجوز وبما قل منه
فيه تهمة فلا يجوز وهذا لان حق الغرماء تعلق بالمالية فليس له ان يبطل
حقهم بخلاف ما اذا حابا الاجنبي عند ابي حنيفة لانه لا تهمة فيه وبخلاف
ما اذا باع المريض عينا من وارثه بمثل قيمتها حيث لا يجوز عند ابي حنيفة لان

المريض ممنوع عن ايثار بعض الورثة بالعين لان الناس لهم اغراض في العين
فلا يملك ايثار بعض الورثة بها وفي حق غيرهم ممنوع عن ابطال المالية
حتى كان له ان يبيع جميع ماله بمثل القيمة وبما قل منه الى ثلثي القيمة
اذا لم يكن عليه دين لان له ان يحابي بقدر الثلث كما يجوز له ان يتبرع به
وبعد موت المريض الغرماء احق بالمالية والورثة احق بالعين حتى كان لهم
ان يخلصوها بالقيمة وكذا لبعضهم اذا اسلم البعض وهذا لان الحق لهم
في التركة كحق المولى في مال عبده المأذون له المديون حتى كان له استخلاصه
بالقيمة وحق الغرماء في الموضعين لم يتعلق الا بالمالية حتى لا يكون لهم
الاستخلاص بالقيمة اصلا وقال ابو يوسف ومحمد ان باعه من المولى جاز البيع
فاحشا كان الغبن او يسيرا ولكن يخير بين ان يزيل الغبن وبين ان ينقض
البيع لان في المحاباة ابطال حق الغرماء في المالية فيتضررون به بخلاف
البيع من الاجنبي بالغبن اليسير حيث يجوز عندهما ولا يؤمر المشتري بازالته
لان البيع بالغبن اليسير من العين متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم
المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع من المولى للتهمة غير متبرع في حق الاجنبي
لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز
اصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز
من العبد المأذون له على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن في البيع من الاجنبي
وهو اذن بمباشرته بنفسه غير ان ازالة المحاباة لحق الغرماء واختلفوا
في قول ابي حنيفة قيل يفسد البيع لان رده هنا البيع للتهمة فاشبه بيع
المريض من وارثه بخلاف بيعه له بمثل القيمة حيث يجوز لانه لا تهمة فيه وبخلاف
بيع المريض من وارثه بمثل القيمة عنده حيث لا يجوز لما ذكرنا والاصح ان
قوله كقولهما لان المولى سبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة دون البيع
فلان يكون له ذلك بالبيع اولى فصار تصرفه مع مولاه كتصرف المريض
المديون مع الاجنبي في الغبن الفاحش واليسير متواعنده كقولهما **قال**
وان باع سيده منه بمثل القيمة او اقل صح لان المولى اجنبي عن كسبه
عنده اذا كان عليه دين والكلام فيه لانه لا يملك كسبه فيخرج المبيع عن
ملكه فيصح كالاجنبي وعندهما جواز البيع مقيد بالفائدة وقد وجدت
فان المولى يستحق اخذ الثمن والعبد المبيع فيثبت لكل واحد منهما ما لم
يكن ثابتا قبل ذلك فافاد **قال** ويبطل الثمن لو سلم قبل قبضه
اي لو سلم المولى المبيع قبل قبض الثمن بطل الثمن فلا يطالب العبد بشيء
لانه بتسليم المبيع سقط حقه في الحبس ولا يجب له على عبده دين فخرج

مجانا بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا حيث يكون المولى احق به من الغرماء اذ
ليس هو بدين يجب في ذمة العبد ويجوز ان يكون عين ملكه في يد عبده
وهو احق به من الغرماء كما لو غصب العبد شيئا من ماله او اودع ماله عند
عبده او قبض الثمن بغير اذن المولى وبخلاف ما اذا باع العبد من سيده
فسلم اليه المبيع قبل قبض الثمن حيث لا يسقط الثمن لانه يجوز ان يثبت
للعبد الماذون له المديون دين على مولاه الا ترى انه لو استهلك المولى شيئا
من اكساب عبده المديون ضمن للعبد هذا جواب ظاهر الرواية وعن ابي
يوسف ان للمولى ان يسترد المبيع ان كان قائما في يد العبد ويحبسه حتى
يستوفي الثمن لان المولى لم يسقط حقه من العين الا بشرط ان يسلم له الثمن
ولم يسلم فبقي حقه في العين على حاله فيتمكن من استرداده ما بقي العين
قائما في يده لانه يجوز ان يكون العين المملوكة للمولى في يد عبده فكذا
يجوز ان يكون له ملك اليد فيه واما بعد الاستهلاك فقد صار دينا فلا
يمكن ايجابه على عبده قال وله حبس المبيع بالثمن اي للمولى حبس المبيع
حتى يستوفي الثمن من العبد لان البيع لا يزيل ملك اليد ما لم يصل اليه
الثمن فيبقى ملك اليد للمولى على ما كان قبله حتى يستوفي الثمن ولهذا كان
احق به من سائر الغرماء ولان للدين تعلقا بالعين لانه يقابله ويسلم منها بلا
فكان له شبه بالعين المقابل له فيكون للمولى حق فيه لتعلق حقه بالعين
ولهذا استوجب بدل الكتابة على المكاتب مع انه مقابل برقبته مع انه
لا يجب له على عبده دين بخلاف ما اذا سلم المولى المبيع اولا حيث يسقط
دينه بذهاب تعلق حقه بالعين فيصير الثمن دينا مطلقا فيسقط ولو
باع المولى شيئا من العبد باكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة او نقض البيع
قليلة كانت المحاباة او كثيرة لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء كما بيناه
في جانب العبد بخلاف ما اذا اشترى من غير المولى حيث يجوز اليسير من المحاباة
عندهما وعنده يجوز مطلقا والمعنى قد بيناه وقوله يؤمر بازالة المحاباة
يدل على ان البيع يقع جائزا ويجوز ان يكون على الروايتين عند ابي حنيفة
على ما بيناه هذا كله فيما اذا كان على العبد دين وان لم يكن عليه دين
لا يجوز مبايعته مع المولى لعدم الفائدة لان الكل ماله ولا حق فيه لغيره
قال وصح اعتاقه اي جاز اعتاق المولى عبده الماذون له المستغرق
بالدين وهذا بالاجماع لقيام ملكه فيه وانما الخلاف في اكسابه بعد الاستغراق
بالدين وقد بيناه قال وضمن قيمته لغرمائه اي المولى ضمن قيمة العتق
لغرمائه لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه ولا وجه لرده

العتق

العتق لانه لا يقبل الفسخ فاوجبنا الضمان عليه دفعا للضرر عن
الغرماء بخلاف ما اذا كان الماذون له مدبرا او ام ولد حيث لا يجب الضمان
باعتاقهما للغرماء لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن
المولى متلفا حقهم فلم يضمن شيئا وان كان الدين اقل من القيمة ضمن
الدين لا غير لانه حقهم وان كان الدين اكثر من قيمته ضمن قيمته بالغة ما بلغت
لان حقهم تعلق بمالية فيضمنها كما اذا اعتق الراهن المرهون بخلاف
ضمان الجناية على العبد حيث لا يبلغ به دية الحر لان القيمة هناك
بدل الادمي من وجه فلا يبلغ به دية الحر وكذا هنا لا يختلف بين ما اذا علم
المولى بالدين او لم يعلم بمنزلة اتلاف مال الغير لما تعلق به حقهم بخلاف اعتاق
العبد الجاني حيث يجب على المولى جميع الارش ان كان اعتاقه بعد علمه
بالجناية لان الواجب فيها على المولى وهو مخير بين الدفع والفداء فيكون
مختارا للفداء بالاعتاق عالما ولا كذلك هنا لان المولى ليس عليه شيء وانما
يضمن باعتاقه لتفويت حقهم كاتلاف مال الغير وذلك لا يختلف بين العلم
وعدمه وكذا لو كان الجاني مدبرا او ام ولد يجب على المولى قيمته لعجزه عن
دفعه بفعله من غير ان يصير مختارا وهنا لا يجب لما بينا قال وطولب
لغرمائه بعد عتقه اي للغرماء ان يطالبوه بعد الحرية ان بقي من دينهم
شيء لم تف به القيمة ولان الدين مستقر في ذمته لوجود سببه وعدم ما
يسقطه والمولى لا يلزمه الا قدر ما اتلف فبقي الباقي عليه كما كان فيرجع
به عليه ولهذا كان لهم ان يتبعوا العبد بالكل ويبرا المولى عنه لان
دينهم عليه واذا اختاروا اتباع احدهما لا يبرا الاخر كالكفيل مع
المكفول عنه بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب لان هناك الضمان
واجب على احدهما فاذا اختاروا تضمين احدهما برئ الاخر ضرورة وهنا
وجب على كل واحد منهما دين على حدة ولو اعتقه المولى باذن الغرماء فلهم
ان يضمنوه لان القيمة وليس هذا كاعتاق الراهن باذن المرتهن وهو معسر
لانه قد خرج من الرهن باذنه والعبد الماذون له لا يبرا من الدين باذن
الغرماء ذكره في المحيط قال وان باعه سيده وغيبه المشتري ضمن
الغرماء البائع قيمته لانه متعد ببيعه وتسليمه الى المشتري قال
وان رد عليه بعيب رجع بقيمته وحق الغرماء في العبد اي اذا رد المشتري
العبد على البائع بالعيب بعد ما ضمنه الغرماء قيمته رجع المولى بقيمته
على الغرماء وكان حق الغرماء في العبد لان سبب الضمان قد زال وهو البيع
والتسليم فصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه

بالعيب كان له ان يرد المغصوب على المالك ويرجع عليه بالقيمة التي دفعها
اليه هذا اذا رده عليه قبل القبض مطلقا او بعده قضاء لانه فسخ من
كل وجه وكذا اذا رده عليه بخيار الرؤية او الشرط وان رده بعيب
بعد القبض بغير قضاء فلا سبيل للغرماء على العبد ولا للمولى على القيمة
لان الرد بالتراضي اقالة وهي بيع في حق غيرهما وان فضل من دينهم شيء رجعوا
به على العبد بعد الحرية قال او مشتريه اي ضمنوا مشتريه وهو
معطوف على البائع فتقديره وان باعه سيده وغيبه المشتري ضمن الغرماء
البائع وهو المولى قيمته او ضمنوا مشتري العبد قيمته لان كل واحد منهما
متعد في حق الغرماء البائع بما ذكرنا والمشتري بالشراء والقبض والتغييب
قال اذا اجازوا البيع واخذوا الثمن اي الغرماء ان شاؤوا اجازوا
البيع واخذوا ثمن العبد ولا يضمنوا احدا القيمة لان الحق لهم والاجازة
اللاحقة كالاذن السابق كما اذا باع الراهن الرهن ثم اجاز المرتهن البيع
بخلاف ما اذا كفل عن غيره بغير امره ثم اجاز لانها وقعت غير موجبة للرجوع
ولم تتوقف نفاذ الكفالة ولزومها على الاجازة بل نفذت على الكفيل
غير موجبة للرجوع فلا تنقلب موجبة له ولا كذلك ما نحن فيه فحاصله
ان الغرماء مخيرون بين ثلاثة اشياء اجازة البيع وتضمين ايهما شاؤوا فان
ان ضمنوا المشتري رجع المشتري بالثمن على البائع لان اخذ القيمة
منه كاخذ العين وان ضمنوا البائع سلم البيع للمشتري وتم البيع لزوال
المانع وايهما اختاروا تضمينه برئ الاخر حتى لا يرجعون عليه وان توت القيمة
عند الذي اختاروه لان المخير بين شيئين اذا اختار احدهما تعين حقه
فيه وليس له ان يختار الاخر لو ظهر العبد بعد ما اختاروا وان اختاروا
احدهما ليس لهم عليه سبيل ان كان القاضي قضى لهم بالقيمة ببينة او باباء
يمين لان حقهم تحول الى القيمة بالقضاء وان قضى بالقيمة بقول الخصم
مع يمينه وقد ادعى الغرماء اكثر منه فهم بالخيار ان شاؤوا رضوا بالقيمة
وان شاؤوا ردوها واخذوا العبد فيبيع لهم لانه لم يصل اليهم كمال حقهم
بزعمهم وهو نظير المغصوب في ذلك كما ذكره في النهاية وعزاه الى
المبسوط وقال الراجي عفو ربه الحكم المذكور في المغصوب مشروط بان
ظهر العبد وقيمته اكثر مما ضمن ولم يشترط هنا ذلك وانما شرط اذ يدعي
الغرماء اكثر مما ضمنوا وان كمال حقهم لم يتصل اليهم بزعمهم وبينهما تفاوت
كثير لان الدعوى قد يكون غير مطابقة فيجوز ان يكون قيمته مثل ما ضمن
او اقل فلا يثبت لهم الخيار فيه وانما يثبت لهم الخيار اذا ظهر وقيمته

اكثر

اكثر مما ضمن فلا يكون المذكور هنا مخلصا قال وان باعه سيده واعلم
بالدين فللغرماء رد البيع لان حقهم تعلق به وهو حق الاستسعاء او الاستيفاء
من رقبته وفي كل منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع
يفوت هذه الخيرة فكان لهم رده وفائدة الاعلام بالدين سقوط خيار المشتري
في الرد بعيب الدين حتى يلزم البيع في حق المشتري وان لم يكن لازما في
حق الغرماء هذا اذا كان الدين حالا وكان البيع من غير طلب الغرماء
والثمن لا يفي بدينهم فاما اذا كان دينهم مؤجلا فالبيع جائز لانه باع
ملكه وهو قادر على تسليمه ولم يتعلق به حق لغيره لان حق الغرماء متاخر
بخلاف الرهن بالدين المؤجل حيث لا يجوز له بيعه لان المرتهن ملك اليد
فيه فلا يقدر المولى على تسليمه ولا يد للغرماء في العبد المأذون له ولا
في كسبه وانما تعلق حقهم بالمالية لقضاء الدين منه وذلك متاخر الى ما
بعد حلول الاجل وكذا اذا كان البيع بطلبهم لان البيع وقع لاجلهم
وانهم في البيع بمنزلة بيعهم بانفسهم فلا ينقض وكذا اذا كان الثمن يفي
بدينهم ودفعه اليهم لان حقهم قد وصل اليهم فينفذ البيع لزوال المانع
وقال صاحب الهداية قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل
ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم وفيه نظر لانه يشير
الى انهم لا يكون لهم خيار الفسخ عند وصول الثمن اليهم اذا لم يكن في البيع
محاباة وان لم يف الثمن بحقهم وان كان فيه محاباة يثبت لهم خيار الفسخ
وان وفى الثمن بحقهم وليس كذلك بل لهم خيار الفسخ اذا لم يف الثمن
بحقهم وان لم يكن فيه محاباة لاجل الاستسعاء وقد ذكره بنفسه قبيله ولا
خيار لهم ان وفى الثمن بحقهم وان كان فيه محاباة لوصول حقهم اليهم ولو تا
تاويل المسئلة فيما اذا باعه بثمن لا يفي بدينهم استقام وزال الاشكال
لان الثمن اذا لم يف بدينهم لهم نقض البيع كيف ما كان واذا وفى الثمن لهم
نقضه كيف ما كان واذا لم يوجد شيء من تاجيل الدين وطلبهم البيع ودفع
الثمن بالدين او قضاء المولى اياه فالبيع موقوف حتى يجوز باجازة الغرماء
وهي مسئلة الكتاب على ما بيناه وذكر محمد رحمه الله في الاصل انه باطل
واختلفوا في معناه فقال بعضهم معناه انه سيبطل لان البيع موقوف
للغرماء حق ابطاله وقال بعضهم معناه انه فاسد بدليل ما قال
في الاصل انه اذا اعتقه المشتري بعد القبض او دبره صح ذلك
ويلزمه قيمته قال وان غاب البائع فالمشتري ليس بخصم لهم اي
لو باع المولى عبده المديون وقبضه المشتري ثم غاب البائع لا يكون

المشتري خصما للغرماء اذا انكر المشتري الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف يكون المشتري خصما ويقضى لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف
اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها اليه ثم غاب المشتري الواهب ثم حضر
الشفيع فالموهوب له لا يكون خصما عندهما خلافا له وعنهما مثل
قوله في الشفعة هو يقول ان ذا اليد يدعي الملك لنفسه في العين
فيكون خصما لكل من ينازعه فيها كما لو ادعوا ملكا لعبد لانفسهم او
ادعى رجل انه رهن عنده ولهما ان الدعوى تتضمن فسخ العقد وهو قائم
بالبائع والمشتري فيكون الفسخ قضاء على الغائب والحاضر ليس بخصم
عنه ولانا لو جعلناه خصما لا يفيد لانه يودي الى ان لا يحصل قضاء في الانتهاء
لانهم اذا اثبتوا الدين لا يمكن بيعه بدينهم لانه يعود الى ملك البائع وهو
غائب وفي بيعه قضاء على الغائب وهو لا يجوز بخلاف ما اذا ادعوا الملك
لان صاحب اليد يظهر في الانتهاء انه كان غاصبا منهم والغاصب يكون
خصما للمغصوب منه وبخلاف دعوى الرهن لان فيه فائدة اذ الرهن لا يباع
ولو صدقهم المشتري في الدين كان للغرماء ان يردوا البيع بالاجماع لان
اقراره حجة عليه فينفسخ بيعه اذا لم يف الثمن بديونهم ولو كان البائع
حاضرا والمشتري غائبا فلا خصومة بينهم وبين البائع بالاجماع حتى
يحضر المشتري لان الملك واليد للمشتري ولا يمكن ابطالهما وهو غائب
فلم يبطل ملكه ولا يكون الرقبة محلا لحقهم لكن لهم ان يضمنوا البائع قيمته
لانه صار غاصبا حقهم بالبيع والتسليم فاذا ضمنوه القيمة جاز البيع
فيه وكان الثمن للبائع وان اختاروا اجازة البيع اخذوا الثمن لان
الاجازة اللاحقة بمنزلة الاذن السابق ثم المولى ببيع عبده المأذون له
المديون بعد العلم بالدين لم يجعل مختارا للفداء بالقيمة وبيع العبد الجاني
بعد العلم بالجناية يجعل مختارا للفداء بالارش لان الدين هنا على العبد
بحيث لا يبرأ بالعتق ولا يجب على المولى شيء ولو اختار المولى الفداء صريحا
بان قال انا اقضي دينه كان عدة منه تبرعا فلا يلزمه بخلاف الجناية
لان موجبها على المولى خاصة دون العبد فاذا تعذر عليه الدفع
بتصرفه تعين الارش عليه ويبقى واجبا على حاله قال ومن قدم
مصرا وقال انا عبد لزيد فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة ولا
يباع حتى يحضر سيده اي يقبل قوله في الاذن في حق كسبه حتى يقضى
دينه من كسبه والمسئلة على وجهين احدهما ان يخبر ان مولاه اذن له فيصدق
استحسانا عدلا كان او غير عدل والقياس ان لا يصدق الا بحجة لقوله

عليه

عليه السلام البينة على المدعي وكذا القياس ان يشترط العدالة في
المخبر لان جانب الصدق بها يترجح وجه الاستحسان ان الناس يعاملون
من غير اشتراط شيء من ذلك واجماع المسلمين حجة يخص به الاثر ويترك به القياس
ولان في ذلك ضرورة وبلوى فان الاذن لا بد منه لصحة تصرفه واقامة
الحجة عند كل عقد غير ممكن وما ضاق على الناس امر اتسع حكمه وكما عمت
بليته سقطت قضيته وكذا على هذا القياس والاستحسان دعوى
الوكالة والمضاربة والشركة والبضاعة وما اشبهها والثاني ان يبيع
ويشتري ولا يخبر بشيء منه فالقياس فيه ان لا يثبت الاذن لان السكوت
محتمل وفي الاستحسان يثبت لان الظاهر انه ماذون له لان عقله ودينه
يمنعانه عن ارتكاب المحرم فوجب حمله عليه لوجوب حمل امور المسلمين على
الصلاح ما امكن فالعمل بالدليل الظاهر هو الاصل في المعاملات دفعا
للضرر عن العباد فلا يشترط فيه الاخبار انه ماذون له بل يكتفى بظاهر
حاله فاذا ثبت انه ماذون له بظاهر حاله صحت تصرفاته حتى يظهر
خلاف ذلك ولزمته الديون فيستوفى من كسبه وان لم يف الكسب بالدين
لا يباع رقبته لان ملك المولى في الرقبة ثابت فلا يصدق في اقراره على
مولاه ولا يلزم من وجوب الدين عليه ان يباع به الا ترى ان المدبر وام
الولد لا يباعان بالدين بخلاف الكسب لان المولى لا يملكه ما دام مشغولا
بحاجة العبد وانما يخلفه في الفاضل عن حاجته قال فان حضر واقر
باذنه بيع والا فلا اي لو حضر المولى فاقر بالاذن بيع بالدين لظهور الدين
في حقه باقراره وان قال هو محجور عليه كان القول قوله لتمسكه بالظاهر
فلا يباع الا اذا اثبت الغرماء الاذن منه بالبينة فحينئذ يباع لان الثابت
بالبينة كالثابت عيانا اذ هي مبينة كاسمها قال رحمه الله وان اذن
للصبي او المعتوه الذي يعقل البيع والشراء وليه فهو في الشراء والبيع
كالعبد الماذون له يعني في جميع ما ذكرنا من الاحكام من انه لا يتقيد بنوع
من التجارة دون نوع ويكون ماذونا له بسكوت الولي حين ما يراه يبيع
ويشتري ويصح اقراره بما في يده من كسبه ويجوز بيعه بالغبن الفاحش
عنده خلافا لهما الى غير ذلك من الاحكام التي ذكرناها في العبد والمراد
بكونه يعقل البيع ان يعلم ان البيع سالب للملك والشراء جالب له وان يقصد
به الربح ويعرف الغبن اليسير من الفاحش وقال الشافعي رحمه الله
لا ينفذ تصرفاته واصل الخلاف بيننا وبينه في ان عبارته صالحة
للعقود الشرعية عندنا فيما هو متردد بين النفع والضرر او النفع المحض

وعنده غير صحيح حتى لو توكل بالتصرف جاز وعندنا لا يجوز له قوله تعالى
ولا تؤتوا السفهاء اموالكم وقوله تعالى حتى اذا بلغوا النكاح فان انستم
منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم شرط البلوغ والرشد للدفع اليهم في
هذه الاية ونهى عن الدفع الى السفهاء في الاولى وهما سفيهان ولئن سلّمنا المعنى
ولانهما محجور عليهما لاجل انفسهما شرعا وعلة الحجر قائمة بهما فلا تزول بالاذن
بخلاف العبد لان الحجر عليه لحق غيره وهو المولى وقد زال بالاذن ولانهما
مولى عليهما في هذا التصرف حتى يملكه الولي ويملك حجرهما فلا يصلحان ان
يكونا وليين للتنافي لان كونهما مولى عليهما يشبه العجز وكونهما وليين
يشبه القدرة والعجز والقدرة لا يجتمعان فصارا كالعتق والطلاق
بخلاف الصوم والصلاة والوصية واختيار الصبي احد ابويه على اصله
لان الولي لا يتولى هذه الاشياء فلا يكون مولى عليه فيها فلا تنافي فيصح
منه ولان فيه ضرورة لعدم امكان تحصيله من جهة الولي فقلنا بصحتها
منه كي لا يفوته هذه المصالح بخلاف البيع والشرا ولنا قوله تعالى وابتلوا
اليتامى امرنا بالابتلاء وهو الامتحان والاختبار هل هو رشيد ام لا وذلك
بان يأذن له في التجارة وهذا يفيد ان الصغير اهل للتصرف وان تصرفه
جائز لان اليتيم حقيقة اسم للصغير الذي لم يبلغ لقوله عليه السلام
لا يتم بعد الاحتلام وقوله تعالى وآتوا اليتامى اموالهم وهذا امر بدفع اموالهم
اليهم فلولا ان تصرفهم معتبر شرعا لما امر بدفعه اليهم لان الدفع اليهم تمكين
لهم من التصرف فيه ولان التصرف المشروع صدر من اهله مضافا الى محله
عن ولاية شرعية فوجب القول بنفاذه كالعبد المأذون له ولا خفا في
شرعية التصرف والمحلية وكذا في الاهلية لان الاهلية للتصرف بالتكلم عن
تمييز وبيان لا عن تلقين من غير تمييز والكلام في مثله فثبتت الولاية
صونا لكلامه عن الالغاء والحجر عليه لعدم هدايته الى التصرف لا لذاته
وباذن الولي يستدل على ثبوت هدايته الى التصرف اذ لا يأذن له ظاهرا
الا بعد معرفة هدايته وبقاء ولاية الولي لاجل النظر له ليتسع له طرق
التحصيل فيحصل بطريقين بمباشرته ومباشرة الولي ويمكن الولي من حجره
لاحتمال تبدل حاله ومتى جعلناه وليا باعتبار الاهلية لم نجعله مولى
عليه ومتى جعلناه مولى عليه باعتبار قصور الولاية لم نجعله وليا فيه
فحاصله انه يعرف المصالح ويبعد عن المضار فهو مستحق للنظر مصون
عن الضرر وفي اعتبار كلامه ذلك وفي عدم اعتباره اهدار لآدميته والحاقه
بالبهائم وهو ضرر محض بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضرر محض فلم يؤهل

له وما يملكه وان اذن له الولي والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل
له قبل الاذن ويملكه والمتردد بينهما كالبيع والشرا والاجارة ونحوها
يؤهل له بعد الاذن ويملكه ولا يملكه قبله للاحتمال مع انه اهل للتصرف
لما ذكرنا حتى لو باشره قبل الاذن يكون موقوفا على اجازة الولي حتى اذا
رأى فيه مصلحة اجازه وهذا لانه يشبه البالغ من حيث انه عاقل مميز
ويشبه المجنون والطفل الذي لا يميز من حيث انه لم يتوجه عليه الخطاب
وفي عقله قصور وللغير عليه ولاية فالحقناه بالبالغ في التصرف
النافع وبالمجنون في الضار وفي المتردد بالمجنون قبل الاذن وبالبالغ بعده
ولا يقال قد يقع البيع ايضا نفعا محضا بان باع شيئا باضعاف قيمته
فاذا وقع ذلك ينبغي ان ينفذ بغير اجازة الولي لانا نقول العبرة لاصل وضعه
دون ما يعرض له باتفاق الحال والبيع في اصل وضعه متردد بخلاف
الهبة لانها ضرر محض وقبولها نفع محض ولا مدخل للولي فيهما والنهي
عن الدفع في الاية اموالنا وكلامنا وقع في اموالهم والمذكور في الاية
الثانية الدفع اليهم اموالهم عند البلوغ وعند ايناس الرشد منهم وذلك
لا ينفي الدفع في غير تلك الحالة لما عرف ان تخصيص الشي بالذكر لا ينفي الحكم
عما عداه على انا لا نسلم انه سفيه بل هو رشيد لان كلامنا فيمن علم رشده
فلا ينتنا ولي الصبي والمراد بالولي ولي له تصرف في المال وهو الاب
ثم وصي الاب ثم جده اب ابيه ثم وصي جده ثم الوالي ثم القاضي او وصي
القاضي واما ما عدا الاصول من العصبة كالعم والاخ او غيرهم كالام
ووصيها وصاحب الشرطة لا يصح اذنهم له لانه ليس لهم ان يتصرفوا في
ماله تجارة فكذا لا يملكون الاذن له فيها والاولون يملكون التصرف
في ماله فكذا يملكون الاذن له في التجارة وكذا للصبي او المعتوه
ان يأذن لعبده ايضا لان الاذن في التجارة تجارة معنى وليس للاب
المعتوه ان يأذن لابنه المعتوه ولا ان يتصرف في ماله وكذا اذا كان
الاب مجنونا لان ولاية التصرف في مال القريب لا تثبت الا اذا كان
المتصرف كامل الرأي ووافر الشفقة وليس للابن وفور الشفقة فلا
يملكه بخلاف الاب والجد فانهما وافرا الشفقة كاملا الرأي فيملكانه
ووصيهما قائم مقامهما فيكون معتبرا بهما فيملك الاذن للصغير
والمعتوه الذي بلغ معتوها ولعبدهما كما يملكانه وان بلغ رشيدا
ثم عته كان الفقيه ابو بكر البلخي رحمه الله يقول لا يصح الاذن له قياسا
وهو قول ابي يوسف ويصح استحسانا وهو قول محمد وليس للصبي والمعتوه

المأذون لهما أن يتزوجا ولا يزوجا مماليكهما لأنه ليس من التجارة إلا أن يأذن
لهما الولي بالتزويج أو بتزويج الأمة لأن الولي يملك ذلك فيملك تفويضه
إليهما ولا يملك تزويج العبد فلا يملك تفويضه إليهما بخلاف المولى فإنه
يملك تزويج عبد عبده المأذون فيملك العبد أيضا إذا فوض إليه صريحا
وإن كان لا يملكه عند إطلاق الإذن والحاصل أن الصبي والمعتوه المأذون
لهما كالعبد المأذون له في جميع ما ذكرنا من الأحكام إلا أن الولي لا يملك التصرف
في مالهما وأما إذا كان عليهما دين ولا يقبل إقراره عليهما إن لم يكن عليهما
دين بخلاف المولى والفرق أن إقرار الولي عليهما شهادة لأنه إقرار على
غيره فلا يقبل ودينهما غير متعلق بمالهما وإنما هو في الذمة لأنهما حران
فكان للولي أن يتصرف فيه بعد الدين كما كان له قبله فإن قيل إذا لم يملك
الولي الإقرار عليهما فكيف ملكا نه وولايتهما مستفادة منه قلنا لما انفك
الحجر عنهما صارا كما إذا انفك بالبلوغ فيقبل إقرارهما على أنفسهما بخلاف
الولي لأنه إقرار على غيره فلا يقبل على ما بينا ولأنهما لو لم يقبل إقرارهما
يمتنع الناس من معاملتهما فلا يحصل المقصود بالإذن فالحاجة الضرورة
إلى قبوله فيما هو من التجارة لأن الضرورة فيما عدا التجارة إلا في تعيين موروثه
في ملكهما لا يقبل إقرارهما فيما روى الحسن عن أبي حنيفة لعدم الحاجة
إلى القبول لأنه ليس من باب التجارة وفي ظاهر الرواية يقبل لما ذكرنا
أن انفكاك حجره بالإذن كانفكاكه بالبلوغ في حق الأموال **فصل**
عن الأب والجد لا يتولى طرفي عقد المعاوضة المالية لأن حقوق العقد ترجع
إليهما فقد يصير الواحد مطالبا ومطالبا مسلِّما ومتسلِّما وهو محال
وكذا الأب والجد قياسا وهو قول زفر ويجوز استحسانا لأنه بكمال شفقته
قام مقام شخصين وعبارته مقام عبارتين ورأيه مقام رأيين فيجعل
كأنه باعه منه وهو بالغ ثم تحمل الحقوق بحق الأبوة لا بحكم العقد نيابة عنه
حتى إذا بلغ الصغير كانت العهدة على الصغير فيما إذا باع ماله
من أجنبي فبلغ الصغير كانت العهدة على الأب فإذا كانت الحقوق بطريق
التحمل لا بحكم العقد لا يؤدي إلى الاستحالة ولو اشترى مال ولده الصغير
أو باع ماله منه لغبن يسير صح ويكفيه أن يقول بعته منه أو اشتريته
له لأن كلامه قام مقام كلامين وإن نفس القبول لا يعتبر في إيجاب
الرضى وهذا ينعقد بالتعاطي من غير إيجاب وقبول وقد وجدت دلالة
الرضى ولو وكل رجلا بأن يبيع عبده من ابنه الصغير أو يشتري عبده له
ففعل لا يصح لعدم كمال هذه الشفقة فلا يمكن إلحاقه بالأب فبقي على

أصل القياس إلا إذا كان الأب حاضرا وقيل فإنه يجوز ويكون العهدة
من جانب الابن على ابنه ومن جانب الأب على الوكيل لأن تصرف الأب
لنفسه مباح وللصغير فرض لأنه من باب النظر فيجعل الأب متصرفا للصغير
تحقيقا للنظر ولو وكل رجلا ببيع مال ولده فباع من موكله أو باع الأب
مال أحد ولديه من الآخر أو أذن لهما فيه أو لعبديهما أو جعل لكل واحد منهما
وكيلا أو وصيا صح ولو أذن لهما أو لعبديهما أو وصيهما فتبايعا لم يجز
لأنهما استفادا الولاية التصرف منه وهو لا يملك بنفسه فكذا الصبيان بخلاف
ما لو أذن الأب لابنه لو فعل بنفسه صح فكذا إذا فعل بإذنه وصح بيع الوصي
ماله من الصبي أو شراؤه منه بشرط نفع ظاهر وهو أن يبيع ما يساوي درهمين
بدرهم وقيل ما يساوي ألفا بألف ومائة وهذا عند أبي حنيفة وعندهما
لا يجوز لما مر من الاستحالة وله أن الوصي مختار الأب ولكنه قاصر الشفقة
فعند حقيقة النظر يلحق بالأب ويروى رجوع أبي يوسف إلى قول أبي حنيفة

كتاب الغصب

الغصب في اللغة أخذ الشيء من الغير على وجه القهر مالا كان أو غير مال
حتى يطلق على أخذ الحر ونحوه مما لا يتقوم على هذه الصفة اسم الغصب وقد
زيد عليه أوصاف في الشرع على ما نبين **قال** رحمه الله هو إزالة
اليد المحقة بإثبات اليد المبطلة في مال متقوم محترم قابل للنقل بغير
إذن مالكه حتى لا يضمن الغاصب زوائد المغصوب إذا هلكت بغير تعدي
لعدم إزالة يد المالك ولا إثمار مع المغصوب بغير صنعه كما إذا غصب
دابة فتبعتها أخرى أو ولدها لا يضمن التابع لعدم الصنع فيه وكذا لو حبس
المالك عن مواشيه حتى ضاعت لا يضمن لما ذكرنا ولعدم إثبات اليد المبطلة
وكذا لا يضمن غير المتقوم كالخمر أو غير المحترم كالحربي في دار الحرب ولا
ما لا يقبل النقل كالعقار وعند محمد رحمه الله الغصب هو تفويت يد المالك
لا غير وعند الشافعي رحمه الله هو إثبات اليد العادية لا غير حتى يضمن العقار
بالغصب عندهما لوجود تفويت اليد فيه وإثباتها ولا يضمن زوائد الغصب
عند محمد لعدم تفويت يد المالك فيها وعند الشافعي يضمنها لوجود إثبات
اليد فيها وسنبينه من قريب إن شاء الله تعالى **قال** فالاستخدام والحمل
على الدابة غصب لا الجلوس على البساط لأنه باستخدام عبد الغير والحمل
على دابة الغير بغير إذن المالك أثبت فيه اليد المتصرفة ومن ضرورة
ثبوت تلك إزالة يد المالك عنه فيتحقق الغصب فيضمن بخلاف الجلوس
على بساط الغير لأن الجلوس عليه ليس بتصرف فيه ولهذا لا يترجح به على

المتعلق عند الشارع فلم يتغير به بدوام البسط فعل المالك فيبقى يد المالك
فيه ما بقي اثر فعله لعدم ما يزيلها بالنقل والتحويل ثم حكم الغصب الاثم
ان تعمد والمغرم وشرطه ان يكون المغصوب مالا متقوما قال ويجب
رد عينه في مكان غصبه لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد ولقوله
عليه السلام لا يحل لاحدكم ان ياخذ مال اخيه لاعبا ولا جادا وان اخذه
فليرده عليه ولانه بالاخذ فوت عليه اليد وهي مقصودة لان المالك بها يتوصل
الى تحصيل ثمرات الملك من الانتفاع والتصرف ولهذا شرعت الكتابة والاذن
مع انهما لا تفيدان سوى اليد فيجب عليه نسخ فعله دفعا للضرر عنه فيعود
الى ما كان وانما وجب رد عينه في مكان غصبه لان المالية تختلف باختلاف
الاماكن ولهذا لا تتفاوت القيمة به ورد العين هو الموجب الاصلي على ما
قالوا لانه اعدل واكمل في رد الصورة والمعنى ورد القيمة او المثل مخلص يصار
اليه عند تعذر رد العين ولهذا يطالب برد العين قبل الهلاك ولو اتى
بالقيمة او المثل لا يعتد به لكونه قاصرا وكذا يبرا الغاصب برد العين
قبل الهلاك ولو اتى بالقيمة او المثل لا يعتد به لكونه قاصرا وكذا ابرا الغاصب
برد العين من المالك بان سلمه اليه بجهة اخرى كما اذا وهبه له او اطعمه اياه
فاكله والمالك لا يدري انه ملكه او نحو ذلك من تسليم بايداع او شراء ولو لم
يكن هو الواجب الاصلي لما برئ الا اذا علم وقبضه عنه كما في قبض المثل
والقيمة وقيل الموجب الاصلي هو المثل او القيمة ورد العين مخلص ولهذا
لو ابراه عن الضمان حال قيام العين يصح حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك
والابراء عن العين لا يصح وكذا الكفالة بالمغصوب تصح مع انها لا تصح بالعين
وكذا لو كان للغاصب نصاب ينتقص به كما ينتقص بالدين فدل على ان الواجب
هو المثل او القيمة وكونه لا يصار اليه مع القدرة على رد العين لا يدل على
انه ليس باصل كالظهر مع الجمعة فان الظهر هو الاصل والجمعة خلف عنه
ولا يصار اليه الا عند العجز عن اقامتها وانما يبرا الغاصب بالتسليم الى
المالك من غير علمه لتعينه لان حقه متعين في العين فصار كالبيع بيعا
فاسدا فان المشتري يبرا برده باي وجه كان وان لم يعلم البائع لما قلنا
بخلاف المثل والقيمة لان حقه غير متعين في المقبوض بل حقه في مثله
او قيمته من اي عين كان وذلك لا يتعين الا باتفاقهما لاختلاف الناس
في معرفة الامثال والقيم ولا كذلك العين لان حقه متعين فيها فباي
طريق وصل اليه ناب عن الواجب عليه فلغى ما عينه من الجهة كما في صوم
رمضان لما كان الوقت متعينا له صار غيره لغوا ما عينه من الجهة بخلاف

غيره من العبادات حيث لا يتادى الا بالتعيين وعند الشافعي رحمه الله لا
يبرا الغاصب باكل المالك الطعام المغصوب من غير علمه لان هذا ليس برد
بل هو خدعة وهذا لان الانسان يرغب في كل مال غيره ما لا يرغب في اكل مال
نفسه ولو علم لما اكل فلم يكن رادا بتقديمه له للاكل من غير علمه لان هذا ليس
برد بل هو خدعة وهذا لان الانسان يرغب في اكل مال غيره ما لا يرغب في اكل
مال نفسه ولو علم لما اكل فلم يكن رادا بتقديمه له قلنا هذه العادة
مذمومة شرعا فلا تعتبر ولا يمنع وقوعه عن الواجب قال او مثله ان
هلك وهو مثلي اي يجب عليه مثل المغصوب ان كان مثليا وهلك عنده
لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان
حق المالك ثابت في الصورة والمعنى وقد امكن اعتبارهما بايجاب المثل
فكان اعدل واتم في جبر الفائت وكان اولى من القيمة واشبه بني عن ذلك فان
المثل عبارة عما يقوم مقامه من كل وجه فكان ايجابه اعدل ولا معنى لقول
الطاهري ان الواجب فيه القيمة باعتبار ان وجوب الضمان باعتبار المالية
وهي القيمة لما ذكرنا انه اعدل وتسميته في الاية اعتداء مجاز للمقابلة كقوله
تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها والجزاء ليست بسيئة وانما سميت بها مجازا كذا
هنا الثاني ليس باعتداء قال وان انصرم المثلي فقيمته يوم الخصومة
اي ان انقطع المثلي عن ايدي الناس يجب على الغاصب قيمته وتعتبر قيمته يوم
الخصومة وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم
الانقطاع لان المثل هو الواجب لغصب ذات المثل فلا ينتقل الى القيمة
الا بالعجز عنه والعجز عنه يحصل بالانقطاع فتعتبر قيمته يومئذ وهذا لان
المثل اعدل على ما بينا فلا يصار الى القيمة مع القدرة عليه لقصورها
فلا يجب قبل انقطاع المثل للقدرة عليه لانها خلف عنه ولا يبقى وجوب
المثل بعد انقطاعه للعجز عنه فتعين اعتبار قيمته يوم الانقطاع ولابي
يوسف ان المثل لما انقطع التحق بذوات القيم وفيها تعتبر القيمة يوم الغصب
فكذا فيما التحق بها وهذا لان القيمة خلف عن المثل حتى لا يصار اليها الا
عند العجز والخلف يجب بما يجب به الاصل فوجب القول بوجوبها بالغصب
كالمثل في المثلي وكالقيمة في غير المثلي ولابي حنيفة ان المثل هو الواجب
بالغصب وهو باق في ذمته ما لم يقض القاضي بالقيمة ولهذا لو صبر الى ان
يعود المثل كان له ذلك وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء حتى لا يعود الى
المثل بوجوده بعد ذلك فتعتبر قيمته وقت الانتقال وحد الانقطاع
ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت ذكره في

الهداية مصرحا الى ابي بكر البلخي قال ومالا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه اي
ما لا يضمن بالمثل تعتبر قيمته يوم غصبه وهذا بالاجماع لانه تعذر اعتباره
المثل صورة ومعنى وهو الكامل فيجب اعتبار المثل معنى وهو القيمة لانها
تقوم مقامه وتحصل بها مثله واسمها ينبئ عنه وقال مالك تضمن مثله
صورة لما تلونا ولما روي ان انسا رضي الله عنه قال كنت في حجر
عائشة رضي الله عنها قبل ان يضرب الحجاب فاتي بقصعة من ثريد من عند
بعض ازواجه عليه السلام فضربت عائشة القصعة بيدها فانكسرت
فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ياكل من الارض ويقول غارت امكم
غارت امكم ثم جاءت عائشة رضي الله عنها بقصعة مثل تلك القصعة
فردتها واستحسن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال علي رضي الله
عنه في ولد المغرور يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية ولنا قوله
عليه السلام في عبد بين رجلين يعتقه احدهما فان كان موسرا ضمن قيمة
نصيب شريكه وان كان معسرا استسعى العبد في قيمة نصيب شريكه غير مشقوق
عليه وهذا نص صريح على اعتبار القيمة فيما لا مثل له حيث اوجبها على المعتق
ان كان موسرا وعلى العبد ان كان معسرا وحديث عائشة رضي الله عنها
كان على طريق المروءة ومكارم الاخلاق لا على طريقة اداء الواجب اذ كانت
القصعتان للنبي صلى الله عليه وسلم ومعنى قول علي يفك الغلام بالغلام
اي بقيمة الغلام حذف المضاف واقام المضاف اليه مقامه اي بقيمته ٠
نفسه يؤيده انه قد صح عنه وعن عمر رضي الله عنهما انهما قضيا في ولد المغرور
بالقيمة ذكره في النهاية والاية لا تنافي ما قلنا لان المذكور فيها المثل
وهو موجود في القيمة من حيث المالية على ما بينا فكانت الاية شاهدة
لنا وهذا المثل هو المتعارف بين الناس لا المثل صورة بلا معنى ولهذا
قال شريح رضي الله عنه من كسر عصا فهي له وعليه قيمتها وما قال ذلك
الا لانه فهمه من الاية والمراد بالمثل الكيلي والوزني والعددي المتقارب
مثله كالجوز والبيض حتى يضمن مثله عددا خلافا لزفر هو يقول ان المماثلة
في المعدود لم يثبت بالنص بل بالاجتهاد ولهذا لا يجري فيه الربوا فلا يقطع
بكون المضمون مثلا للمتلف فيصار الى القيمة لتعذر معرفة مثله قطعا بخلاف
الكيلي والوزني لان المماثلة فيه ثبتت بالنص وهو قوله عليه السلام ٠
الحنطة بالحنطة مثلا بمثل وكذا قال في الذهب والفضة وهما موزونان
والحنطة مكيل فامكن اعتبار المماثلة فيهما للعلم بها قطعا والجودة لا قيمة
لها عند المقابلة بالجنس ولا كذلك العددي قلنا انما يعتبر المماثلة في

في المالية ومالية هذه الاشياء متساوية فان الفلس يماثل الفلس في المالية
وكذا الجوز والبيض ولهذا لا يتفاوت قيمة احاده عرفا فكانت المماثلة
فيه اتم من المكيل والموزون فوجب جبر الفائت بجنسه لكونه مثلا له صورة
ومعنى ولا معنى لقوله المماثلة تثبت فيه بالاجتهاد لان المكيل والموزون
ايضا كذلك لان مطلق الجنس لا يكفي بل لا بد من اعتبار المماثلة في الصفة
كالجودة والرداءة وذلك يعرف بالاجتهاد واوضح منه ان القيمة ايضا لا تعرف
الا بالاجتهاد فلا معنى لما قال اذا لم يكن له بد من الاجتهاد في الكل والمراد
بما لا مثل له غير المكيل والموزون والعددي المتفاوت كالثياب والحيوان
والمثل المخلوط بخلاف جنسه كالحنطة المخلوطة بالشعير والخل المخلوط
بالزيت ونحو ذلك والموزون الذي في تبعيضه ضرر كالاواني المصوغة
نحو القمقم والطست قال فان ادعى هلاكه حبسه الحاكم حتى يعلم انه
لو كانت باقية لاظهرها ثم قضى عليه ببدله لان حق المالك ثابت في العين فلا يقبل
قوله فيه حتى يغلب على ظنه انه صادق فيما يقول كما اذا ادعى المديون الافلاس
وليس لحبسه حد مقدر بل هو موكول الى راي القاضي لحصول العزم في الدين
ولو ادعى الغاصب الهلاك عند صاحبه بعد الرد وعكس المالك واقاما البينة
فبينة الغاصب اولى عند محمد لانها تثبت الرد وهو عارض والبينة لمن يدعي
العوارض وعند ابي يوسف بينة المالك اولى لانها تثبت وجوب الضمان
والاخر منكر والبينة للاثبات وهذا لان الغصب وان كان ثابتا باتفاقهما
لكن حاصل الاختلاف فيهما يؤول الى وجوب الضمان وعدمه فكانت البينة
لمن يثبت قال والغصب فيما ينقل لانه ازالة يد المالك باثبات يده
وذلك يتصور في المنقول على ما بينا قال فان غصب عقارا وهلك
في يده لم يضمنه وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي
يضمن وهو قول ابي يوسف اولا لان الغصب يتحقق بوصفين باثبات اليد العادية
وازالة اليد المحقة وذلك يمكن في العقار لان اثبات اليدين المتضادتين
على شيء واحد لا يمكن لتعذر اجتماعهما فيه فاذا اثبت اليد العادية للغاصب
انتفت اليد المحقة للمالك ضرورة وهذا لان اليد ليست هي الا عبارة
عن القدرة على التصرف وعدم اليد عبارة عن عدم القدرة على التصرف
فكانت يد الغاصب ضرورة ومن ضرورتها انتفاء يد المالك فيضمن به
كما يضمن المنقول بذلك وكما يضمن العقار المودع بالجحود وبالاقرار به لغير
المالك وبالرجوع عن الشهادة بعد القضاء وقوله عليه السلام من غصب
شبرا من ارض طوقه الله يوم القيامة من سبع ارضين نص على انه يتحقق فيه

فيه الغصب ولنا ان الغصب تصرف في المغصوب باثبات اليد وازالة يد
المالك ولا يكون ذلك الا بالنقل والعقار لا يمكن نقله واقصى ما يمكن فيه
اخراج المالك عنه وذلك تصرف في المالك لا في العقار فلا يوجب الضمان
كما اذا ابعد المالك عن المواشي على ما بينا بخلاف المنقول ومسئلة الوديعة
على الخلاف في الاصح فلا يلزم ولئن سلم فالضمان فيها بترك الحفظ الملتزم
بالجحود والشهود انما يضمنون العقار بالرجوع لانه ضمان اتلاف لا ضمان
غصب حتى لو اقام الشاهد البينة ان ذلك العقار له لا تقبل بينته ولو كان
غصبا لقبلت والعقار يضمن بالاتلاف والمذكور في الحديث الجزاء في الآخرة
ولا كلام في الضمان في الدنيا وهو دليل على ان المذكور جميع جزائه ولو كان
موجبا للضمان لبينه لان الحاجة اليه امس وزيادة الضمان عليه تكون
نسخا ولا يجوز ذلك بالرأي على ما عرف في موضعه واطلاق لفظ الغصب
عليه لا يدل على تحقق غصب موجب للضمان كاطلاق لفظ البيع على بيع
الحر في قوله عليه السلام من باع حرا الحديث لا يدل على تحقق بيع الحر وهذا
لما عرف ان في لسان الشرع حقيقة ومجازا وعلى هذا الاختلاف لو باع
العقار بعد الغصب واقر الغاصب بذلك وكذبه المشتري او باعه من غير
غصب واقر بذلك وكذبه المشتري لا يقبل اقراره في حق المشتري لانه
ملكه ظاهرا ولا يضمن البائع عندهما لانه لم يتلفه وانما التلف مضاف
الى عجز المالك عن اقامة البينة قال وما نقص بسكناه وزراعته
ضمن النقصان كما في المنقول وهذا بالاجماع والفرق لهما انه اتلفه بفعله
والعقار يضمن بالاتلاف ولا يشترط لضمان الاتلاف ان يكون في يده
الا ترى ان الحر يضمن به بخلاف ضمان الغصب حيث لا يضمن الا بالحصول في اليد
وعلى هذا لو ركب دابة الغير بغير اذنه ولم يسيرها حتى نزل ثم هلكت
لم يضمن لعدم النقل وان تلفت بركوبه يضمن لوجود الاتلاف بفعله ونظيره
ما لو قعد على بساط الغير بغير اذنه واختلفوا في تفسير النقصان قال
نصير بن يحيى انه ينظر بكم يستأجر هذه الارض قبل الاستعمال وبعده فيضمن
ما تفاوت بينهما من النقصان وقال محمد بن سلمة يعتبر ذلك بالشراء يعني انه
ينظر بكم تباع قبل الاستعمال وبكم تباع بعده فنقصانها ما تفاوت من ذلك
فيضمنه وهو الاقيس لان العبرة لقيمة العين دون المنفعة وذكر في
النهاية ان محمد بن سلمة رجع الى قول نصير ثم يأخذ الغاصب رأس ماله وهو
البذر وما غرم من النقصان وما انفق على الزرع ويتصدق بالفضل عند
ابي حنيفة ومحمد حتى اذا غصب ارضا فزرعها كرين فاخرجت ثمانية اكرار

ولحقه

ولحقه من المؤنة قدر كر ونقصها قدر كر فانه يأخذ منه اربعة اكرار ويتصدق
بالباقي وقال ابو يوسف لا يتصدق بشيء لان الزيادة حصلت في ضمانه وملكه
لان ما ضمن من الغاصب يملكه باداء الضمان والمضمونات تملك باداء الضمان
عندنا مستندا الى وقت وجود السبب وهو الغصب هنا فتبين انه حدث
في ملكه اذ الخراج بالضمان بخلاف ما اذا لم ينقصها لانعدام الملك لعدم
الضمان وهذا لانه يجب عليه ضمان كله فاذا ضمن كله ملك كله وكذا البعض
ولهما انه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير فيكون سبيله التصدق
اذ الفرع يحصل على وصف الاصل فصار كما اذا علم لم ينقص بالاستعمال ولان
الملك المستند ثابت من وجه دون وجه فكان ناقصا فلا يظهر في حق انعدام
الخبث قال وان استغله تصدق بالغلة كما لو تصرف في المغصوب والوديعة
وربح اي اذا استعمل المغصوب بان كان عبدا مثلا فاجره فنقصه الاستغلال
وضمن النقصان يتصدق الغاصب بالغلة كما يتصدق بالربح فيما اذا تصرف في
المغصوب والوديعة بان باعه وربح فيه اما الاول وهو الاستغلال فالمذكور
هنا قولهما وعند ابي يوسف لا يتصدق به وقد ذكرنا الوجه من الجانبين
في المسئلة التي قبلها وكان ينبغي ان يتصدق بما زاد على ما ضمن عندهما لا بالغلة
كلها كما في المسئلة الاولى ثم انما يضمن الغاصب النقصان اذا كان النقصان
في العين وكان غير ربوي لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه فيجب عليه ضمان قيمة
ما تعذر رده من اجزائه كلا او بعضا بخلاف المبيع حيث لا يوجب النقصان الحادث
فيه قبل القبض الا الخيار ولا يوجب حط شيء من الثمن لان الاوصاف لا تضمن
بالعقد وتضمن بالفعل وان كان لتراجع السعر لا يضمن بعد ان رده في مكان الغصب
لان ذلك لفترة الرغبات فيه لا لنقصان في العين بفوت الجزء وان كان ربويا
لا يمكنه ان يضمنه النقصان مع استرداد العين لانه يؤدي الى الربوا اذ
الجودة لا قيمة لها في الاموال الربوية ولكنه يخير بين ان يأخذه ولا شيء
له وبين ان يتركه على الغاصب ويضمنه مثله من جنسه او قيمته من خلاف جنسه
واستغلال العبد المستعار بالاجارة كاستغلال المغصوب حتى يجب عليه
ضمان النقصان ويتصدق بالغلة عندهما خلافا لابي يوسف والوجه قد
بيناه ولو هلك في يده بعد ما استغله فضمنه المالك كان له ان يستعين
بالغلة في اداء الضمان لان الخبث كان لاجل المالك فاذا اخذ المالك
لا يظهر الخبث في حقه ولهذا لو سلم الغلة اليه مع العبد يباح له التناول
فيزول الخبث بالتسليم وبتراد ضمنه عن القيمة بقدره بخلاف ما اذا باعه
الغاصب بعد ما استغله وهلك في يد المشتري وضمن المالك المشتري قيمته

بثمنه ثم ربح المشتري على الغاصب بالثمن حيث لا يكون للغاصب ان يستعين
بالغلة في اداء الثمن الى المشتري لان الخبث كان لحق المالك والمشتري
ليس بمالك فلا يزول الخبث بالاداء اليه فلا يؤديه اليه الا اذا كان
لا يجد غيره فيرجح هو على غيره من الفقراء باعتبار انه ملكه وهو محتاج اليه
كما ان الملتقط له ان يصرف اللقطة على نفسه اذا كان محتاجا ثم اذا
اصاب مالا تصدق بمثله اذا كان غنيا وقت الاستهلاك وان كان فقيرا
فلا شيء عليه لما ذكرنا من ترجحه على غيره من الفقراء اما الثاني وهو ما اذا
تصرف في المغصوب او الوديعة وربح فهو على وجوه اما ان يكون مما يتعين
بالتعيين كالعروض او لا يتعين كالنقدين فان كان مما يتعين لا يحل له
التناول منه قبل ضمان القيمة وبعده يحل الا فيما زاد على قدر القيمة
وهو الربح المذكور هنا فانه لا يطيب له ويتصدق به لان العقد متعلق به
فيما يتعين حتى ينفسخ العقد بالهلاك قبل القبض فيمكن الخبث فيه وان
كان مما لا يتعين فقد قال الكرخي انه على اربعة اوجه اما ان اشار اليه
ونقد منه او اشار اليه ونقد من غيره او اطلق اطلاقا ونقد منه او اشار
الى غيره ونقد منه وفي كل ذلك يطيب له الا في الوجه الاول وهو ما اذا اشار
اليه ونقد منه لان الاشارة اليه لا تفيد التعين فيستوي وجودها
وعدمها الا اذا تاكد بالنقد منها وقال مشايخنا رحمهم الله لا يطيب له بكل
حال ان تناول منه قبل ان يضمن وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال
وهو المختار ولاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة يدل على ذلك وجهه
انه بالنقد منه استفاد سلامة المشتري وبالاشارة استفاد جواز العقد
لتعلق العقد به في حق القدر والوصف فيثبت فيه شبهة الحرمة لملكه
بسبب خبيث واختار بعضهم الفتوى على قول الكرخي في زماننا لكثرة
الحرام وهذا كله على قولهما وعند ابي يوسف لا يتصدق بشيء منه والوجه
ما بينا وهذا الاختلاف بينهم فيما اذا صار بالتقلب من جنس ما ضمن
بان ضمن دراهم مثلا وصار في يده من بدل المغصوب دراهم وان كان في
يده من بدله خلاف جنس ما ضمن بان ضمن دراهم وفي يده من بدله طعام
او عروض لا يجب عليه التصدق بالاجماع لان الربح انما يتبين عند
اتحاد الجنس ما لم يصر بالتقلب من جنس ما ضمن لا يظهر الربح **قال**
وملك بلا حل انتفاع قبل اداء الضمان بشي وطبخ وطحن وزرع واتخاذ سيف
واناء غير الحجرين وبناء على ساجة لانه لو لم يملكه بذلك يلحقه ضرر وكان
ظالما والظالم لا يظلم بل ينصف ثم الضابط فيه انه متى تغيرت العين

المغصوبة

المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها او اختلطت بملك
الغاصب بحيث لا يمكن تمييزها اصلا او الا بحرج زال ملك المغصوب منه عنها
وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها وما
ذكره من شي اللحم وطبخه وطبخ الحنطة او طحنها وزرعها واتخاذ الحديد
سيفا او آنية او اتخاذ غيره مثل الصفر اناء والبناء على الساجة بيان المثال
فيملكها الغاصب الا الذهب والفضة فانه لا يملكها باتخاذه اواني او بضربه
دنانير او دراهم عند ابي حنيفة وهو المراد بقوله غير الحجرين وقال
الشافعي لا ينقطع حق المالك عن العين وهو رواية عن ابي يوسف غير انه
اذا اختار اخذ العين لا يضمنه النقصان عنده في الاموال الربوية
لانه يفضي الى الربو وعند الشافعي رحمه الله يضمنه وقد بيناه من قبل
وعن ابي يوسف ان ملكه يزول عن العين ويملكه الغاصب لكنه يباع
فيوفي به دين المغصوب منه يعني ما وجب له عليه بالغصب من المثل او
القيمة وان مات الغاصب فالمغصوب منه احق به من سائر غرمائه على مثال
الرهن والمبيع قبل القبض وجعل الآبق لعدم رضاه ببطلان حقه فصار
كالمشتري اذا قبض المبيع بغير اذن البائع قبل ايفاء الثمن بل اولى لان
الملك اقوى من اليد فاذا لم يبطل حق اليد به فاولى ان لا يبطل به حق
الملك للشافعي ان العين باقية فيبقى ملكه ما بقيت العين وتبعها
وضعها اذ هو قايم بها فيترجح هو لكونه صاحب اصل ولانه لو فعله حقا
فرقت اجزاؤها وذلك لا يوجب الخروج عن ملكه كالقطع في الثوب والذبح
والسلخ والتاريب في الشاة ولان فعله محظور فلا يكون سببا للملك
اذ المحظور لا يناط به نعمة الملك على اصله فلا يعتبر فعله فصار كما اذا
وقعت الحنطة في الطاحونة وانطحنت بفعل الماء او الهواء من غير صنع احد
ولنا انه استهلك العين من وجه الا ترى ان المقاصد قد فات بعضها
وكذا الذات قد فات من وجه بالاستحالة حتى صار له اسم آخر وقد احدث
فيها الصنعة وهي حق للغاصب وهي قائمة من كل وجه فترجحت بذلك
وان كانت وصفا على الاصل الذي هو فائت من وجه وكانت اولى بالاعتبار
وهذا لان الزيادة حصلت في العين بفعل الغاصب وكانت كسبا له
والكاسب احق بكسبه من غيره وان كان في محل مملوك للغير لان الحكم يضاف
الى العلة لا الى المحل وذات حقه قائم فكان الترجيح به ترجيحا بالذات
فكان اولى من الترجيح بالاصل لانه يرجع الى الترجيح بالحال وهو البقا
وهذا ترجيح بالذات وهو الوجود من كل وجه فكان الترجيح به اولى لان

الحال قائمة بالذات والمحظور لغيره لا يمتنع ان يكون سببا لحكم شرعي الا
ترى ان الصلاة في الارض المغصوبة تجوز وتكون سببا لحصول الثواب
الجزيل فما ظنك بالملك بخلاف ما استشهد به لان الذبح لا يفوت اسم
الشاة يقال شاة مذبوحة وشاة حية والسلخ والتارب لا يفوت
به المقصود بالذبح فلا يحصل به تبدل العين فيبقى على ملكه بخلاف
ما نحن فيه لان العين تبدلت وتجدد لها اسم اخر فصارت كعين اخرى
حصلت بكسبه فيملكها غير انه لا يجوز له الانتفاع به قبل ان يؤدي الضمان
كيلا يلزم منه فتح باب الغصب وفي منعه حسم مادته ويدل عليه
قوله عليه السلام في الشاة المذبوحة بغير اذن مالكها بعد الطبخ
اطعموها الاسارى ولو جاز الانتفاع به او لم يملكه لما قال ذلك الا بتمام
اذ يجوز الانتفاع به وهو قول زفر والحسن ورواية عن ابي حنيفة لوجود
الملك المطلق للتصرف ولهذا ينفذ تصرفه فيه كالتمليك لغيره ووجه
الاستحسان ما بيناه ونفاذ تصرفه فيه لوجود الملك وذلك لا يدل
على الحل الا ترى ان المشتري شرا فاسدا ينفذ تصرفه فيه مع انه لا يحل
له الانتفاع به ثم اذا دفع القيمة اليه واخذه او حكم الحاكم بالقيمة
او تراضيا على مقدار حل له الانتفاع به لوجود الرضى من المغصوب منه
لان الحاكم لا يحكم الا بطلبه فحصلت المبادلة بالتراضي وقال ابو يوسف
في الحنطة المزروعة والنواة المزروعة يجوز له الانتفاع قبل اداء
الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه ولا يتصدق بالفضل عنده وقد
بيناه من قبل واما الذهب والفضة فالمذكور هنا قول ابي حنيفة وعندهما
يملكهما الغاصب بضربهما دنانير ودراهم او اواني لما ذكرنا في غيرهما
والجامع انه احدث فيه الصنعة المتقومة وفوت بعض مقاصده ولابي
حنيفة ان العين باقية من كل وجه ولم يتملك من وجه فلا ترى ان
الاسم لم يتغير معناه الثمنية وهو ايضا باق وكذا كونه موزونا
باق ايضا حتى يجري فيه الربا باعتبار وكذا الصنعة فيهما غير متقومة
ايضا مطلقا الا ترى انها لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس بخلاف غيرها
وقال الكرخي والفقيه ابو جعفر انما ينقطع حق المالك من الساحة
اذا بنى حولها واما اذا بنى عليها فلا ينقطع حق المالك لانه متعد في
البناء عليها والساحة من وجه كالاصل لهذا البناء فيهدم للرد كما اذا بنى
في الارض المغصوبة وعندنا في لا ينقطع حق المالك كيف ما كان
فيهدم البناء ويأخذ ساحته لانه وجد عين ماله فكان احق به بالنص

وعندنا

وعندنا انقطع حقه مطلقا في الصحيح لان في قلعه ضررا بالغاصب
وقال عليه السلام لا ضرر ولا اضرار في الاسلام وضرر المالك مجبور
بضمان القيمة فلا يعد ضررا فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن
ادمي او ادخل لوحا مغصوبا في السفينة كان في لجة البحر هذا اذا كانت
قيمة البنا اكثر من قيمة الساحة واما اذا كانت قيمة الساحة اكثر من قيمة
البنا فلم ينقطع حق المالك عنها ذكره في النهاية معزيا الى الذخيرة **قال**
ولو ذبح شاة او خرق ثوبا خرقا فاحشا ضمن القيمة وسلم المغصوب اليه او ضمنه
النقصان وكذا لو ذبح الجزور وقطع اليد او الرجل كالذبح لان هذا ليس
اتلافا من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وفوات
بعض المنفعة في الثوب فيخير بين تضمين جميع قيمته وتركه له وبين تضمين
نقصانه واخذه وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ليس له ان يضمنه النقصان
اذا اخذ اللحم لان الذبح والسلخ زيادة فيها لانقطاع احتمال الموت حتف
انفها وامكن الانتفاع بلحمها بيقين والاول هو الظاهر لانه نقصان
باعتبار فوات بعض الاغراض على ما بينا انفا ولو كانت الدابة غير ماكولة
اللحم يضمن قاطع الطرف جميع قيمتها لانه استهلاك من كل وجه بخلاف قطع
طرف العبد حيث يضمن نصف قيمته مع اخذه لانه ينتفع به بعد قطع الطرف
لانه بعد القطع صالح لجميع ما كان صالحا له قبله من الانتفاع ولا كذلك
الدابة فانها لا تصلح للحمل ولا للركوب بعد القطع **قال** وفي الخرق
اليسير ضمن نقصانه يعني مع اخذ عينه وليس له غير ذلك لان العين قائمة
من كل وجه وانما دخله عيب فنقص لذلك فكان له ان يضمنه النقصان
واختلفوا في حد الخرق اليسير والكبير فقيل ما يوجب نقصان ربع القيمة
فاحش وما دونه يسير وقيل الفاحش ما ينتقص به نصف القيمة لاستوا
الهالك والقائم فيخير المالك بين ان يميل الى الهالك او القائم والصحيح
ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين
وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شي من المنفعة وانما يدخل فيه
نقصان في المنفعة لان الاستهلاك المطلق من كل وجه عبارة عن اتلاف
جميع المنفعة والاستهلاك من وجه عبارة عن تفويت بعض المنافع
والنقصان عبارة عن تعيب المنافع مع بقائها وهو تفويت الجودة
لا غير ولا عبرة بقيام اكثر المنافع لان الرجحان انما يطلب اذا تعذر العمل
باحدهما ومتى امكن العمل بهما لا يصار الى الترجيح ولا يشتغل به وهنا
امكن اعتبار الاستهلاك والنقصان باثبات الخيار له فلا يعتبر الراجح

وذكر في النهاية ان الفاحش هو المستاصل للثوب وهو ان يجعل الثوب بحيث لا يصلح الا للحرق ولا يرغب في شرائه وعزاه الى الحلواني وقال شمس الائمة السرخسي الحكم الذي ذكرنا في الحرق في الثوب من تخيير المالك اذا كان الحرق فاحشا هو الحكم في كل عين من الاعيان الا في الاموال الربوية فان التعييب هناك فاحشا كان او يسيرا كان لصاحبها الخيار بين ان يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشيء وبين ان يسلم العين ويضمنه مثله او قيمته لان تضمين النقصان متعذر لانه يودي الى الربوا هذا اذا قطع الثوب ولم يحدث فيه صنعة واما اذا احدث فيه صنعة بان خاطه قميصا مثلا فانه ينقطع به حق المالك عنه عندنا ذكره في النهاية معزيا الى الذخيرة **قال** ولو غرس او بنى في ارض الغير قلعا وردت اي قلع البناء والغرس وردت الارض الى صاحبها لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق اي ليس لذي عرق ظالم فوصف العرق بصفة صاحبه وهو الظلم وهو من المجاز كما يقال صام نهاره وقام ليله قال الله تعالى فيها يفرق كل امر حكيم ولان الارض باقية على ملكه اذ لم تصر مستهلكة ولا مغصوبة حقيقة اذ لا وجد فيها شيء يوجب الملك للغاصب فيؤمر بتفريغها وردها الى مالكها كما اذا اشتغل ظرف غيره بالطعام هذا اذا كانت قيمة الساحة اكثر من قيمة البناء وان كانت قيمة البناء اكثر فللغاصب ان يضمن له قيمة الساحة فياخذها ذكره في النهاية وعلى هذا لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة ينظر ايهما اكثر قيمة فلصاحبه ان ياخذ ويضمن قيمة الاخر وعلى هذا التفصيل لو ادخل فصيل غيره في داره وكبر فيها ولم يمكن اخراجه الا بهدم الجدار وعلى هذا التفصيل لو ادخل البقر راسه في قدر من النحاس فتعذر اخراجه **قال** وان نقصت الارض بالقلع ضمن له البناء والغرس مقلوعا ويكونان له اي اذا كانت الارض تنقص بالقلع كان لصاحب الارض ان يضمن للغاصب قيمة البناء او الغرس مقلوعا ويكونان له لان فيه دفع الضرر عنهما فيتعين فيه النظر لهما وانما يضمن له قيمته مقلوعا لانه مستحق القلع وليس له ان يستديم فيها فيعتبر قيمته في ذلك الوقت مقلوعا وكيفية معرفتها ان تقوم الارض وبها بناء او شجر او استحق قلعه اي امر بقلعه وتقوم وحدها ليس فيها بناء ولا غرس فيضمن فضل ما بينهما كذا قالوا وهذا ليس ضمانا لقيمته مقلوعا بل هو ضمان لقيمته قائما مستحق القلع وانما يكون ضمانا لقيمته مقلوعا ان لو قوم البناء والغرس مقلوعا موضوعا في الارض بان يقدر الغرس حطبا والبناء آجرا او لبنا او حجارة ملقاة على الارض فيقوم وحده من غير ان يضم الى الارض فيضمن له قيمة الحطب والحجارة

المكونة

المكونة دون المبنية **قال** وان صبغه او لت السويق بسمن ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق او اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن يعني اذا غصب ثوبا فصبغه او سويقا فلته بسمن فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه ابيض ومثل السويق وان شاء اخذ المصبوغ والملتوت وغرم ما زاد الصبغ والسمن وقال الشافعي في الثوب يؤمر الغاصب بقلع الصبغ بالغسل بقدر الامكان ويسلمه لصاحبه وان انتقص قيمة الثوب بذلك فعليه ضمان النقصان لان الغاصب متعد فلم يكن لفعله عبرة والتمييز ممكن فصار نظير الغرس والبناء في الارض بخلاف السمن في السويق لتعذر التمييز ولنا ان الصبغ مال متقوم كالثوب وبجنايته لا يسقط تقوم ماله فيجب صيانة حقهما ما امكن وكان صاحب الثوب اولى بالتخيير لانه صاحب اصل والاخر صاحب وصف وهو قائم بالاصل وكذا السويق اصل والسمن تبع لانه يقال سويق ملتوت فيخير صاحبه لتعذر التمييز بخلاف البناء والغرس لان التمييز ممكن فيه بالنقض وله وجود بعد النقض فامكن ايصال حق كل واحد منهما اليه والصبغ يتلاشى بالغسل فلا يمكن ايصاله الى صاحبه وبخلاف ما اذا انصبغ من غير فعل احد كالقاء الريح حيث لا يثبت فيه لرب الثوب الخيار بل يؤمر صاحب الثوب بدفع قيمة الصبغ الى صاحبه لانه لا جناية من صاحب الصبغ حتى يضمن الثوب بل يتملك صاحب الثوب الصبغ بقيمته وقال ابو عصمة في مسئلة الغصب ان شاء رب الثوب باع الثوب فيضرب كل واحد منهما بقيمة ماله وهذا طريق حسن ايضا لامكان وصول حق كل واحد منهما به الى صاحبه ويتاتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه ايضا والجواب في اللت كالجواب في الصبغ انه يضمن فيه مثل السويق وفي الصبغ قيمته لان السويق والسمن من ذوات الامثال بخلاف الصبغ والثوب وفي الكافي قال في المبسوط يضمن قيمة سويقه لانه يتفاوت بتفاوت القلي فلم يبق مثليا كالخبز ومما روي عن ابي حنيفة ان الغاصب اذا صبغ الثوب اسود فهو نقصان وعندهما زيادة كالحمرة والصفرة راجع الى اختلاف عصر وزمان فان بني امية في زمانه كانوا يمتنعون عن لبس السواد وفي زمانهما بنو العباس كانوا يلبسون السواد فاجاب كل على ما شاهد من عادة اهل عصره ولا خلاف فيه بينهم في الحقيقة ولهذا لم يتعرض في المختصر لذكر هذا الاختلاف ولا للون الصبغ لان من الثياب ما يزداد بالسواد ومنها ما ينتقص وكذا من الثياب ما يزداد بالحمرة والصفرة ومنها ما ينتقص فلا معنى للتقييد بلون دون لون بل لا يعتبر فيه الا الزيادة والنقصان

حنيفة ولو كان ثوبا ينقصه الصبغ بان كانت قيمته ثلثين درهما مثلا فرجعت
بالصبغ الى عشرين فعن محمد ينظر الى ثوب يزيد فيه ذلك الصبغ فان كانت
الزيادة خمسة يأخذ رب الثوب ثوبه وخمسة دراهم لان صاحب الثوب
وجب له على الغاصب ضمان نقصان قيمة ثوبه عشرة دراهم ووجب عليه
للغاصب قيمة صبغه خمسة فالخمسة بالخمسة قصاص ويرجع عليه بما بقي من
النقصان وهو خمسة رواه هشام عن محمد وهو مشكل من حيث ان المغصوب
منه لم يصل اليه المغصوب كله وانما وصل اليه بعضه وكان من حقه ان
يطالب بمال تمام حقه فكيف يتوجه عليه الطلب وهو لم ينتفع بالصبغ
شيئا ولم يحصل له به الا تلف ماله وكيف يسقط عن الغاصب بعض قيمة
المغصوب بالاتلاف والاتلاف مقرر لوجوب جميع القيمة وكيف صار
مستطالة هنا والله اعلم **فصل** غيب المغصوب وضمن
قيمته ملكه وقال الشافعي لا يملكه لان الغصب محظور فلا يكون سببا
للملك كما في المدبر وهذا لان الملك مرغوب فيه وهو حكم شرعي فلا يصلح
المحظور سببا له لانه يلزم منه ترغيب الناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب
فيه لهم ولا يجوز اضافة مثله الى الشارع فوجب ادنى درجات السبب
ان يكون مباحا كيلا يلزم الترغيب في تحصيل الحرام ولانه قبيح لانه منهي
عنه بقوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن
تراض والغصب ليس بتجارة عن تراض فكان باطلا والباطل لا يفيد
الملك وهذا لانه عدوان محض وليس فيه شبهة الاباحة كالقتل فكيف
يستفاد الملك بالجناية المحضة ولنا ان المالك ملك بدل المغصوب
رقبة ويدا فوجب ان يزول ملكه عن المبدل اذا كان قابلا دفعا للضرر
عن الغاصب وتحقيقا للعدل او ضرورة حتى لا يجتمع البدل والمبدل
في ملك رجل واحد فانه مستحيل واسمه ينبئ عنه فان البدل اسم
لما يقوم مقام الغائب لا لما يقوم مقام القائم فاذا ابقي ملكه فيه
على الكمال وجب ان يزول ملكه في البدل ليتحقق معنى هذا الاسم وكذا
لفظ الجبران ينبئ عنه فانه لا يكون الا عن الغائب كالبدل ولا يقال
هذا بدل عما فات وهو اليد لا الملك لان الفائت بفعل الغاصب هو
اليد دون الملك اذ ملكه قائم في العين فلا يكون بدلا عن العين ولهذا
قلتم لو كسر قلب غيره فقضى عليه القاضي بقيمته واخذ القلب ثم
افترقا قبل القبض لا يبطل القضاء ولو كان بدلا عن العين لبطل
لكونه صرفا لانا نقول لو كان بدلا عما فات من اليد مع بقاء العين في ملكه

لكان

لكان اجحافا بالغاصب بازالة ملكه عن البدل واثبات الملك فيه
للمغصوب منه بمقابلة عين في ملكه مع امكان تحقيق العدل بينهما وهذا
خلف فكان من ضرورة القضاء بقيمة العين زوال ملكه عنها ليتحقق
معنى البدل والجبران فكان ثبوت المبادلة ضروريا وما ثبت
للضرورة يتقدر بقدرها فلا يكون مبادلة من كل وجه فلا يظهر في حق
البطلان بالافتراق قبل القبض لان شرط التقابض ثبت فيما هو
سبب للملك مقصودا فلا يتعداه واما المدبر فيقول يزول ملكه عنه
ولا يدخل في ملك الغاصب ضرورة ولهذا لو لم يظهر المدبر وظهر له
كسب كان للغاصب لانه اذا ظهر المدبر يعاد الى ملك المغصوب منه
صيانة لحق المدبر او نقول المدبر لا يقبل النقل فيجعل الضمان بدلا
عن اليد التي فاتت بفعله للضرورة او عن العين من غير ان يدخل في
ملكه شيء كما في ضمان العتق عندهما ولا يقال المدبر يقبل النقل من ملك
الى ملك ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيعه نفذ لانا نقول ينفسخ التدبير
بالقضاء فينفذ البيع بعد القضاء لكونه فسخا بعد انفساخه والجواب
عما يقال ان رضاه قد وجد بطلب القيمة ونحن لا نجعل الغصب سببا
للملك بل الغصب موجب لرد العين عند القدرة ولرد القيمة عند
العجز بطريق الجبران وهذا الحكم هو المقصود بهذا السبب ثم يثبت الملك
به للغاصب شرطا للقضاء بالقيمة لا حكما ثابتا بالغصب مقصودا ولهذا
لا يملك الولد بخلاف الزيادة المتصلة والكسب لانه تبع اذ الكسب
بدل المنفعة ولا كذلك المنفصل بخلاف البيع الموقوف او الذي فيه
الخيار حيث يملك به الزيادة المنفصلة ايضا لانه سبب موضوع للملك
فيستند من كل وجه **قال** والقول في القيمة للغاصب مع يمينه
والبينة للمالك لان الغاصب منكر والمالك مدع ولو اقام الغاصب
البينة لا تقبل لانها تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل ذكره
في النهاية ثم قال فيه بعض مشايخنا ينبغي ان يقبل بينة الغاصب لاسقاط
اليمين الا ترى ان المودع اذا ادعى رد الوديعة يقبل قوله ولو اقام
البينة تقبل بينته ثم قال وكان ابو علي النسفي يقول هذه المسألة
عذبت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسألة وبين مسألة الوديعة
وهو الصحيح **قال** فان ظهر وقيمته اكثر وقد ضمنه بقول المالك
او بينته او بنكول الغاصب فهو للغاصب ولا خيار للمالك لانه رضي
به وتم ملكه برضاه حيث سلم له ما ادعاه **قال** وان ضمنه بيمين

الغاصب فالمالك يمضي الضمان او يأخذ المغصوب ويرد العوض لعدم
تمام رضاه بهذا القدر من الضمان وانما اخذ دون القيمة لعدم الحجة
له للدعوى به ولو ظهر المغصوب وقيمته مثل ما ضمنه او اقل في هذه الصورة
وهي ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه قال الكرخي رحمه الله لا خيار له
لانه يوفر عليه مالية ملكه بكماله وفي ظاهر الرواية يثبت له الخيار وهو
الاصح لان ثبوت الخيار لفوت الرضى وقد فات هنا حيث لم يحصل له ما
يدعيه وله ان لا يبيع ماله الا بثمن يختاره ويرضى به وكان له الخيار ثم
اذا اختار المالك اخذ المغصوب فللغاصب ان يحبس العين حتى يأخذ
القيمة التي دفعها اليه لانها مقابلة بالعين بخلاف المدبر لانه غير
مقابل به بل بما فات من اليد على ما بينا **قال** وان باع المغصوب
فضمنه المالك قيمته نفذ بيعه وان حرره ثم ضمنه لا اي لو باع الغاصب
المغصوب او اعتقه ثم ضمنه المالك قيمته نفذ بيعه ولا ينفذ عتقه
والفرق بينهما ان ملك الغاصب ناقص لانه يثبت مستندا او ضرورة وكل ذلك
ثابت من وجه دون وجه ولهذا لا يظهر الملك في حق الاولاد ويظهر في حق
الاكساب لان الولد اصل من وجه تبع من وجه قبل الانفصال وبعده
اصل من كل وجه والكسب تبع من كل وجه لكونه بدل المنفعة وهي تبع
محض والملك الناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق الا ترى ان البيع
ينفذ من المكاتب بل من المأذون دون عتقه ولا يشبه هذا عتق المشتري
من الغاصب حيث ينفذ باجازة المالك البيع عند ابي حنيفة وابي يوسف
وكذا بضمان الغاصب القيمة في الاصح لانه عتق ترتب على سبب ملك تام
بنفسه موضوع له فينفذ العتق بنفوذ السبب والدليل على انه تام ان
الاشهاد لا يشترط في النكاح الموقوف عند العقد لا عند الاجازة ولو لم
يكن تاما لاشترط عند الاجازة وكذا لو تصارف الغاصبان وتقابضا
وافترقا واجاز المالكان بعد الافتراق جاز الصرف وكذا البيع يملك
عند الاجازة بزوائده المنفصلة والمتصلة ولو لم يكن تاما بنفسه
لما كان كذلك **قال** وزوائد المغصوب امانة فيضمن بالتعدي او
بالمنع بعد طلب المالك وقال الشافعي رحمه الله هي مضمونة على الغاصب
ولا فرق بين ان تكون الزيادة منفصلة او متصلة او كانت بالسعر على
المذهبين للشافعي رحمه الله انها متولدة من عين مضمونة فيكون مضمونة
مثلها لما عرف ان الاوصاف الشرعية تسري من الاصل الى ما يتولد منه
الا ترى ان ولد ام الولد والمدبرة والمكاتبة والمعتقة والحرة يسري

اليه

اليه حكم امه حتى يكون حكمه كحكمها وكذا ولد الظبية المخرجة من الحرم
يسري اليه حكم امه ولان الغصب هو اثبات اليد على مال الغير بغير
اذن مالكه وقد تحقق ذلك في الزوائد حسب تحققه في الاصل فكان
مضمونا كالاصل وصار كولد الظبية المخرجة من الحرم ولنا ان الغصب
ازالة يد المالك باثبات اليد عليه ولا يتحقق ذلك في الزوائد لانها
لم تكن في يد المالك حتى يزيلها عنه فلم يتحقق تفويت اليد فلا يصير
غصبا فلا يضمن الا بالتعدي او بالمنع عند طلبه لان المنع تعد وانما
يضمن ولد الظبية عنده لوجود المنع منه لان الرد الى الحرم حق الشرع
وهو مأمور به كما اخرجها فيكون متعديا بالامتناع عن الرد حتى لو هلك
قبل تمكنه من رده الى الحرم لا يضمن لعدم المنع على هذا اكثر مشايخنا
رحمهم الله ولو قلنا بوجوب الضمان مطلقا تمكن من الرد او لم يتمكن فهو
ضمان اتلاف لان الصيد كان في الحرم آمنا بعيدا عن ايدي الناس وقد
فوت عليه الامن باثبات اليد عليه فتحققت الجناية عليه بذلك ولهذا
لو اخرج جماعة من المحرمين صيدا واحدا من الحرم يجب على كل واحد منهم جزاء
كامل لتحقق الجناية منهم ولو كان من باب الغصب لما وجب عليهم الا قيمة
واحدة يوضحه انه يجب بالاعانة والاشارة والدلالة لازالة الامن
فلان يجب باثبات اليد عليه وتفويتها جناية اولى واحرى **قال**
وما نقصت الجارية بالولادة مضمون ويجبر بولدها اي اذا ولدت الجارية
ولدا ونقصت بالولادة كان النقصان مضمونا على الغاصب وان كان في
قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وان لم
يكن وفاء به يسقط بحسابه وقال زفر والشافعي لا يجبر النقصان بالولد لان
الولد ملكه فكيف يجبر ملكه بملكه وصار كولد الظبية المخرجة من الحرم وكما لو
هلك الولد قبل الرد او هلكت الام بالولادة او غيرها من الاسباب وكما لو
جز صوف شاة غيره او قطع قوائم شجر غيره فنبت مكانه غيره او خصى عبد
غيره فازدادت قيمته به او علمه فاضناه التعليم وان زادت به قيمته
فانه يضمن الجزء الفائت ولا يجبر بالزيادة التي حصلت به وان كان سبب
النقصان والزيادة متحدا ولنا ان سبب النقصان والزيادة
واحد وهو الولادة لانها اوجبت فوات جزء من مالية الام وحدوث
مالية الولد لان الولد انما صار مالا بالانفصال وقبله لا يعتد به
الا ترى انه لا يجوز التصرف فيه بيعا وهبة ونحوه فاذا صار مالا به
انعدم ظهور النقصان به فانتفى الضمان فصار كما اذا شهد الشهود

بالبيع مثل القيمة او اكثر ثم رجعوا عن الشهادة لا يضمنون لانهم اخلفوا
بالشهادة قدر ما اتلفوا بها فلا يعد اتلافا لاتحاد السبب كذا هذا
وكما اذا قطعت يد عند الغاصب فرده مع ارش اليد فانه يجبر نقصانه
بالارش لما ذكرنا من اتحاد السبب لان السبب الواحد لما اثر في الزيادة
والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان ولان الواجب على الغاصب
ان يرد ما غصب وماله كما غصبه من غير نقصان فاذا فعل ذلك برئ من
الضمان الا ترى انه لو غصب جارية سمينة فمرضت عنده وهزلت ثم تعافت
وسمنت حتى عادت مثل ما كانت فردها لا ضمان عليه ولو كان مطلق الفوات
يوجب الضمان لضمن وكذا اذا استقط سنها او قلعه الغاصب فنبت مكانها
اخرى فردها سقط ضمانها عنده وقولهما يجبر بملكه قلنا ليس هذا
بجبر في الحقيقة وانما هو اعتبار لملكه منفصلا بعضه عن بعض بعد ان
كان متحدا كما اذا غصب نقرة فضة فقطعها فانه يردها لا شيء عليه غيرها
اذا لم ينتقص بالقطع وولد الظبية ممنوعة فان نقصانها يجبر بولدها
عندنا فلا يرد علينا وكذا اذا ماتت الام ممنوعة في رواية عن ابي حنيفة
رحمه الله فانه روي عنه ان الام اذا ماتت وفي الولد وفاء بقيمتها برئ
الغاصب برده عليه وفي رواية عنه انه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة
ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام وفي ظاهر الرواية عليه قيمتها يوم
الغصب وتخريجه ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا يفضي اليه غالبا
فيكون موتها بغير الولادة من العوارض وهي تترادف الالام اذ لا يفضي اليه
غالبا فيكون موتها بغير الولادة وهن وكبر الولد وضيق المخرج فلم يتحد
سبب النقصان والزيادة وكلامنا فيما اذا اتحد واما اذا مات الولد
قبل الرد فلانه لم يحصل للمالك ما يخلفه المغصوب ولا بد منه لبراءة الغاصب
والخصاء ليس بزيادة لانه غرض بعض الفسقة ولهذا لو غصب العبد
الخصي وهلك عنده لا يجب عليه قيمته خصيا وانما يجب عليه قيمته
غير خصي وكذا لو رده الغاصب بعد ما خصاه لا يرجع على المالك
بما زاد بالخصاء ولو كانت الزيادة معتبرة لرجع عليه بالزيادة كما
يرجع بما زاد الصبغ هكذا ذكروه وهذا اشارة الى انه يجب عليه ضمان
ما نقص بالخصي مع رده وان زادت قيمته وهو مشكل فان الغاصب
اذا خصاه وازدادت قيمته به لا يجب عليه ضمان ما فات بالخصي مع
رده الخصي بل يخير المالك ان شاء ضمنه قيمته يوم غصبه وترك الخصي
للغاصب وان شاء اخذه ولا شيء له غيره ذكره في النهاية معزيا الى

التتمة

التتمة وقاضيخان فكان الاقرب هنا ان يمنع فلا يلزمنا ولا اتحاد
في السبب فيما عدا ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز
وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم وسبب الزيادة الفطنة
من العبد وفهمه قال ولو زنى بمغصوبه فردت فماتت بالولادة ضمن
قيمتها ولا يضمن الحرة وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن الامة ايضا
الا نقصان الحبل لان الرد قد صح مع الحبل ولكنها معيبة بالحبل فيجب عليه
نقصان العيب ثم هلاكها بعد ذلك حصل بسبب حادث في يد المالك
فلا يبطل به الرد ولا يضمنها الغاصب الا النقصان كما اذا حمت في يد
الغاصب فردها وماتت من تلك الحمى او زنت عند الغاصب فردها وجلدت
بعد الرد عند المالك وماتت من ذلك فانه لا يضمن الا نقصان عيب الزنا
وكذا المبيعة اذا سلمها الى المشتري وهي حبلى ولم يعلم المشتري بالحبل
وماتت من الولادة لم يرجع المشتري على البائع بشيء من الثمن اتفاقا ولابي
حنيفة رحمه الله انه لم يردها كما اخذها لانه اخذها ولم ينعقد فيها سبب
التلف وردها وفيها ذلك فلم يصح الرد فصار كما اذا جنت جناية في يد
الغاصب فقتلت بها او دفعت بها بعد الرد فانه يرجع بقيمتها على الغاصب
كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب حتى يقول يبقى ضمان الغصب
ويفسد به الرد ولا يجب ردها اصلا فافترقا وفي فصل الشراء لا يجب الرد
بل ابتداء التسليم كما وقع عليه العقد ان كان وقت العقد سليما فيجب
عليه تسليم السليم وان كان معيبا يجب عليه تسليم المعيب وتموتها بالولادة
لا ينعدم التسليم وفي الغصب السلامة شرط لصحة الرد فما لم يردها مثل
ما اخذها لا يعتد به فافترقا على انه ممنوع فيجب على البائع رد الثمن
كالاستحقاق وفي فصل الحمى الموت يحصل بزوال القوى وانه يزول
بترادف الالام فلم يكن الموت حاصلا بسبب وجد في يد الغاصب فيجب
عليه ضمان قدر ما كان عنده دون الزيادة قال ومنافع الغصب
وخمر المسلم وخنزيره بالاتلاف اي لا يضمن منافع المغصوب وخمر المسلم
وخنزيره وهو معطوف على الحرة في قوله ولا يضمن الحرة اما منافع المغصوب
فالمذكور مذهبنا وقال الشافعي يضمن لان المنفعة مال متقوم مضمونة
بالعقود كالاعيان لان المال اسم لما تميل اليه النفس مخلوق لمصالحنا
والمنافع بهذه الصفة الا ترى انه يصلح صداقا ولم يشرع ابتغاء النكاح
الا بالمال بالنص ولولا انها مال لما صحت صداقا ولهذا جازت الاجارة
من العبد التاجر ولولا انها مال لما ملك لانه لا يملك العقد بغير المال



واوضح منه ان الاعيان انما تصير مالا باعتبار الانتفاع بها وما لا ينتفع به
فليس بمال فاذا لم تصر الاعيان مالا الا باعتبارها فكيف ينعدم المالية فيها
وهي متقومة بنفسها لان التقوم عبارة عن العزة وهي عزيزة بنفسها عند
الناس ولهذا يبذلون الاعيان لاجلها بل يقوم الاعيان باعتبارها فيستحيل
ان لا يكون هي متقومة ولنا ان عمر وعليا قضيا بوجوب قيمة المغرور وحريته ورد
الجارية مع عقرها على المالك ولم يحكما بوجوب اجر منافع الجارية والاولاد مع علمهما
ان المستحق يطلب جميع حقه وان المغرور كان يستخدمها واولادها ولو كان
ذلك واجبا لما سكتا عن بيانه لوجوبه عليهما ولان المنافع حدثت بفعله
وكسبه والكسب للكاسب لقوله عليه السلام كل الناس احق بكسبه فلا يضمن
ملكه ولان الغصب ازالة يد المالك باثبات اليد العادية ولا يتصور ذلك
فيها لانها اعراض لا تبقى زمانين فيستحيل غصبها وكذا اتلافها لانه لا
يخلو اما ان يرد عليها الاتلاف قبل وجودها او حال وجودها او بعد وجودها
وكل ذلك محال اما قبل وجودها فلان اتلاف المعدوم لا يكون واما حال
وجودها فلان الاتلاف اذا طرا على الموجود دفعه فاذا قارنه منعه واما
بعد وجودها فلانها تنعدم كما وجدت فلا يتصور اتلاف المعدوم ولانها
لو كانت مضمونة لضمنت بالمنافع لكونها مثلا لها وهو اعدل فاذا لم
تضمن بها لا يمكن ان تضمن بالاعيان لان الاعراض ليست بمثل للاعيان لان
ما لا يبقى لا يكون مثلا لما يبقى وضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص
والاجماع والاجارة اجيزت للضرورة او لكونها برضى المتعاقدين وعندنا
لا يشترط التساوي الا ترى ان بيع الشيء باضعاف قيمته يجوز ولا يجوز ذلك
في ضمان العدوان فبطلت المقايسة فاذا لم يكن للمنفعة مثل لا يمكن القضاء
بتداركها فتوخر الى دار الجزاء فيحكم الله له بمثله لان عدم القضاء للعجز لا
لعدم الحق والله على كل شيء قدير وبكل شيء عليم فصار بمنزلة لكنه لا اثر لها
في الدنيا او ابدا حصل له من غيره وقوله مال متقوم لا نسلم ان المال
عبارة عن احراز الشيء وادخاره لوقت الحاجة في نوائب الدهر وذلك لا يتحقق
في المنافع لما ذكرنا والدليل عليه انه يقال فلان متمول اذا كان له موجود
محرز ولا يقال فلان متمول ولا له مال بالماكول والمشروب وبكل ما يستعمله
ولهذا لا تعتبر المنافع من الثلث في حق المريض حتى جاز له اعارة جميع ماله
ولو كان المنافع مالا لما جاز الا من الثلث وجوازها تبرعا باتفاقنا لانها
تصير مالا بالتراضي ولهذا جازت الاجارة من العبد التاجر واحد الشريكين
والمضارب والاب والوصي وقوله المال مخلوق لمصالحنا الى اخره قلنا

منو

هو كذلك لكنه يضمنه الاحراز شرعا لا ان المنافع لا يتصور فيها ذلك لاستحالة
بقائها على ما بينا واما خمر المسلم وخنزيره فلعدم تقومهما في حقه للنهي الوارد
فيها قال وضمن لو كانا للذمي اي ضمن متلف الخمر والخنزير ان كانا لذمي
وقال الشافعي لا يضمنهما لذمي ايضا وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي له
انهما غير متقومين في حق المسلم فوجب ان يكونا في حقهم كذلك لانهم اتباع لنا
في الاحكام قال عليه السلام فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين
وعليهم ما عليهم وهذا يقتضي ان كل حق ثبت في حق المسلمين يثبت في حقهم لا
ان حقهم يزيد على حق المسلمين ولان عقد الذمة خلف عن الاسلام فيثبت به
ما يثبت بالاسلام اذ الخلف لا يخالف الاصل فيسقط تقومهما في حقهم ولا يصح
بيعهما كما في حق المسلم ولنا انا امرنا ان نتركهم وما يدينون الا ترى الى قول عمر
رضي الله عنه حين سال عماله ماذا تصنعون بما تمر به اهل الذمة من الخمور
فقالوا نعشرها فقال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها
ولولا انها متقومة وبيعها جائز لهم لما امرهم بذلك ولان الامر بالاجتناب
في قوله تعالى فاجتنبوه يتناول المسلم فابيح في حقه فبقي في حق الكافر على
ما كان عليه من حل على ما يعتقده لان السيف والمحاجة موضوعان عنهم
فتعذر الالزام بخلاف الميتة والدم لان احدا لا يعتقد تمولهما وبخلاف
الربا لانه مستثنى عن عقودهم لقوله عليه السلام الا من اربى فليس بيننا وبينه
عهد ولانه محرم عليهم في دينهم قال الله تعالى واخذهم الربا وقد نهوا عنه
وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي فانا نقتله لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض
له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية عامدا اذا كان
لمن يبيحه من المسلمين لان ولاية المحاجة والسيف ثابتة فيمكن الزامه فلا
يجب له على متلفه الضمان ولا على من اشتراه الثمن ولا ينعقد صحيحا ثم المسلم
اذا اتلف خمر الذمي يجب عليه قيمتها وان كانت من ذوات الامثال لان المسلم
ممنوع عن تمليكه وتملكه اياها لما فيه من اعزازها بخلاف الذمي اذا استهلك
خمر الذمي حيث يجب عليه مثلها لقدرته عليه ولا يصار الى القيمة الا عند
العجز وهو قادر على تمليكها وتملكها فلا يصار الى القيمة لان المثل اعدل
ولو اسلم الطالب بعدما قضي له بمثلها فلا شيء له على المطلوب لان الخمر في حقه
ليست بمتقومة وكان باسلامه مبرئا له عما كان في ذمته من الخمر وكذا لو اسلما
لان في اسلامهما اسلام الطالب ولو اسلم المطلوب وحده او اسلم المطلوب
ثم اسلم الطالب بعده قال ابو يوسف لا يجب عليه شيء وهو رواية عن ابي حنيفة
وقال محمد يجب عليه قيمة الخمر وهو رواية عن ابي حنيفة لان الاسلام الطاري

بعد تقرر السبب كالاسلام المقارن للسبب وهو المنع وجوب قيمة الخمر على
المسلم على ما بينا فكذا الطارى ولابى يوسف ان قبض الخمر المستحقة فى
الذمة قد تعذر استيفاؤها بسبب الاسلام ولا يمكن ايجاب قيمتها ايضا
لانها لو وجبت لا تخلوا اما ان تجب باعتبار اصل السبب وذلك لا يمكن لان
ذلك السبب اوجب عين الخمر دون القيمة ولم تكن القيمة فى ذلك الوقت
او تجب باعتبار انها بدل عن الخمر التى فى الذمة ولا يمكن ذلك ايضا لان
من شرط البدلية تمليك ما فى الذمة والذمى لا يقدر على تمليك الخمر من
المسلم كما ان المسلم لا يقدر ان يتملكها فلانعدام الشرط تعذر استيفاء القيمة
وهو نظير ما لو كسر قلب غيره ثم تلف المكسور فى يد صاحبه ليس لصاحبه
ان يضمن الكاسر شيئا لان شرط تضمين قيمته تمليك المكسور منه وذلك
قد فات بخلاف الاسلام المقارن لان وجوب القيمة هناك باعتبار اصل
السبب وهو الغصب والاستهلاك فانه موجب للضمان باعتبار الجناية من
غير ان يصير موجبا للملك فى المحل كما فى غصب المدبر **قال** وان غصب
خمر مسلم فخللها او جلد ميتة فدبغه فلمالكه اخذهما ورد ما زاد الدباغ
اى يأخذ الخل بغير شىء والجلد المدبوغ يأخذه ويرد ما زاد الدباغ فيه
والمراد بالاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومن الظل الى الشمس
وبالثانى اذا دبغه بما له قيمة كالعفص والقرظ ونحو ذلك وانما كان
التخليل تطهيرا لها بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملك المغصوب
منه لان المالية لم تثبت بفعله وهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم
كالصبغ فى الثوب فلهذا يأخذ الخل بغير شىء ويأخذ الجلد ويعطى ما زاد
الدباغ فيه وطريق معرفته ان ينظر الى قيمة الجلد ذكيا غير مدبوغ والى
قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفى حقه
كحق الحبس فى البيع بالثمن والرهن بالدين والعبد الآبق بالجعل **قال**
وان اتلفهما ضمن الخل فقط اى ان اتلف الغاصب الخل والجلد المدبوغ
فى يده قبل ان يردهما الى مالكهما ضمن الخل ولا يضمن الجلد المدبوغ وهذا
عند ابى حنيفة وقالا يضمن قيمة الجلد ايضا مدبوغا ويعطى ما زاد الدباغ
فيه لان ملكه باق فيه ولهذا يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه له مدبوغا
بالاستهلاك كما فى مسئلة الخل ثم يعطيه ما زاد الدباغ فيه كما اذا
غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه فان الغاصب فيه يضمن قيمة الثوب مصبوغا
ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه وهذا لانه واجب الرد عليه فاذا
فوته عليه وجب قيمته عليه خلفا عنه كما فى الوديعة والمستعار بخلاف

الهلاك لانه لم يوجد منه التفويت وكونه غير مضمون عليه لا ينافى وجوب
ضمان الجناية والاستهلاك جناية فيضمنه به كما فى الوديعة والعارية
والمستاجرة وكذا الوديعة بشىء لا قيمة له يضمنه بالاستهلاك وقولهما
يعطى ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس بان قضى لاحدهما بالدراهم
وللآخر بالدنانير واما عند اتحاد الجنس فيحط عن الغاصب قدر ما زاد
الدباغ فيه ويؤخذ منه الباقى لعدم الفائدة فى الاخذ منه ذلك القدر
ثم الرد عليه ولابى حنيفة ان ماليته وتقويمه حصل بفعل الغاصب وفعله
متقوم لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفى ما
زاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبع لصنعة الغاصب فى حق التقوم
ثم الاصل وهو الصنعة لا يجب عليه ضمانه بالاتلاف فكذا التبع فصار
كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد عليه حال قيامه لانه يتبع
الملك والجلد غير تابع للصنعة فى حق الملك لثبوته قبلها وهو غير متقوم
بخلاف ما اذا دبغه بشىء لا قيمة له لان الصنعة فيه لم تثبت حقا للغاصب
بعد الاتصال بالجلد ولهذا لا يكون له حبسه ولا الرجوع ببدلها وبخلاف
المذكى والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن
تابعا للصبغ وبخلاف المستعار ونحوه لانه لم يتصل له به حق بالكلية فضلا
ان تكون المالية حصلت بفعله وغير المضمون انما يضمن بالجناية اذا لم يكن
مستفادا من جهة الجانى بعوض يستحقه عليه واما اذا كان مستفادا
من جهته به فلا ضمان عليه الا ترى ان المشترى لما كان ما له المبيع من جهة
البائع بثمن يجب عليه له لا يجب على البائع الضمان باستهلاك المبيع وهنا
مالية المغصوب وتقومه حصل بفعل الغاصب بعوض يجب له على المالك
فلا يجب عليه ضمانه بالاستهلاك حتى لو حصلت المالية بغير عوض يستحقها عليه
يضمنه بالاستهلاك كما فى مسئلة تخليل الخمر والدبغ بشىء غير متقوم ولو كان
قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته فيما اذا دبغه
بشىء متقوم ليس له ذلك بالاتفاق لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب
لان للثوب قيمة وقيل عند ابى يوسف ومحمد له ذلك فيضمنه لان الغاصب
صار عاجزا عن الرد بتركه عليه فصار كالاستهلاك وفيه يضمن الغاصب
عندهما ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه
كما فى الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكى غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة
له كالتراب والشمس فهو لمالكه مجانا لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه
الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة

هو الذي حصله فلا يضمنه والاكثرون على الاول ووجهه ان صفة الدباغة
تابعة للجلد وهي غير معتبرة منفردة عن الجلد ولهذا لا يرجع بها على المالك
عند دفع الجلد اليه فاذا صار الجلد مضمونا عليه بالاستهلاك فكذا ما
تبعه بخلاف ما اذا دبغه بشيء متقوم ولو جعل الغاصب الجلد فروا او
جرابا او دفا لم يكن للمغصوب منه عليه سبيل لانه تبدل الاسم والمعنى
بفعل الغاصب وبه يملكه على ما بينا ثم ان كان الجلد ذكيا وجب عليه
قيمته يوم الغصب وان كان جلد ميتة فلا شيء عليه هكذا ذكره في النهاية
من غير تفصيل ولا خلاف معزيا الى الايضاح والذخيرة وينبغي ان يكون
على الخلاف والتفصيل الذي تقدم في الاستهلاك لانه استهلاك معنى
ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قيل عند ابي حنيفة صار ملكا للغاصب
ولا شيء عليه لانه بالخلط ماله استهلكه لان الخلط استهلاك على ما
عرف في موضعه فصار كالجلد اذا استهلكه بعد الدباغ باتخاذه الفرو
او غيره وعندهما اخذه المالك واعطاه ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ
الجلد وصبغ الثوب ومعناه ان يعطيه مثل وزن الملح من الخل هكذا ذكروه
كانهم اعتبروا الملح مائعا لانه يذوب فيكون اختلاط المائع بالمائع
فيشتركان عندهما ولو اراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما ذكرنا
في دبغ الجلد من انه ليس له ذلك بالاتفاق او عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى
وحده وعندهما له ذلك وقد بينا وجهه ولو استهلكه لا يضمنه عند
ابي حنيفة خلافا لهما وهو مبني على ما بينا في دبغ الجلد وقد ذكرنا الوجه
فيه من الجانبين ولو خللها بصب الخل فيها قيل يكون للغاصب بغير
شيء عند ابي حنيفة سواء صارت خلا من ساعتها او بمرور الزمان عليها
لان الخلط استهلاك عنده واستهلاك الخمر لا يوجب الضمان وعندهما
ان صارت خلا من ساعتها فكما قال ابو حنيفة لانه استهلاك وان صارت
بمرور الزمان كان الخل بينهما على قدر حقهما كيلا لانه لم يستهلك الخمر
فيصير في التقدير كانه خلط الخل بالخل والخلط ليس باستهلاك عند
محمد وان كان ما نقلنا ان الجنس لا يهلك بجنسه وقيل ظاهر الجواب فيهما
انه يقسم بينهما على قدر حقهما سواء صارت خلا من ساعتها او بعد حين
اما عندهما فلا يشكل لان الخلط ليس باستهلاك وكذلك عند ابي
حنيفة لان الخلط انما يوجب زوال الملك اذا كان يوجب الضمان وهنا
قد تعذر وجوب الضمان لان خمر المسلم لا يضمن بالاتلاف فصار كما اذا
بنفسه من غير صنعه ولو استهلكه الغاصب في هذه الرواية ينبغي ان يجب

عليه

عليه الضمان اجماعا ذكره في النهاية معزيا الى قاضي خان عن الحلواني

قال ومن كسر معزفا او اراق سكرا او منصفا ضمن وصح بيع
هذه الاشياء عند ابي حنيفة وقالا لا يضمنها ولا يجوز بيعها لانها معدة
للمعصية فيسقط تقومها كالخمر ولانه فعله باذن الشرع لقوله عليه السلام
بعثت بكسر المزامير وقتل الخنازير ولقوله عليه السلام اذا رأى احدكم
منكرا فليغيره بيده وان لم يستطع فبلسانه وان لم يستطع فبقلبه وذلك
اضعف الايمان والكسر هو الانكار باليد ولهذا لو فعله بامر اولي الامر
كالامام لا يضمن فبامر الشرع اولى ولابي حنيفة انه اتلف ما ينتفع به
من وجه آخر سوى اللهو فلا يبطل قيمته لاجل اللهو كاستهلاك الامة
المغنية لان الفساد مضاف الى فعل فاعل مختار وجواز البيع ووجوب
الضمان مبنيان على المالية وقد وجد الامر بالمعروف باليد الى الامراء
لقدرتهم عليه وليس لغيرهم الا باللسان على انه يحصل بدون الاتلاف
بالمنع بالاخذ منه ثم يضمن قيمتها صالحة لغير اللهو كما في الامة المغنية والكبش
النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي وتجب قيمة
السكر والمنصف لا المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان جاز فعله
بخلاف الصليب حيث يضمن قيمته صليبا لانه مال متقوم في حقه وقد
امرنا بان نتركهم وما يدينون ثم قيل الخلاف في الدف والطبل اللذين
يضربان للهو واما الدف او الطبل اللذان يضربان في العرس او الغزو
فيضمن بالاتفاق ولو شق زقا فيه خمر يضمن عندهما لامكان الاراقة
بدون الشق وعند ابي يوسف لا يضمن لانه قد لا يتيسر الاراقة الا به وذكر
في النهاية ان الدنان لا يضمن بالكسر ان كان باذن الامام والفتوى في
زماننا على قولهما لكثرة الفساد فيما بين الناس وفي النهاية وذكر الصدر
الشهيد في باب العدوى والاعداد من ادب القاضي رواية عن اصحابنا
رحمهم الله انه يهدم البيت على من اعتاد الفسق وانواع الفساد حتى قالوا
لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين وقيل تراق العصير ايضا قبل ان
يشتد ويقذف بالزبد على من اعتاد الفسق وقد روي عن ابن عمر رضي
الله عنهما انه احرق البيت على الثقفي حين سمع شرابا في بيته وقد هجم
عمر رضي الله عنه على نائحة في منزلها وضربها بالدرة حتى سقط خمارها
فقيل له يا امير المؤمنين قد سقط خمارها فقال انها لا حرمة لها وقالوا
في قوله لا حرمة لها قيل معناه انها لما اشتغلت بما لا يحل في الشرع
فقد اسقطت بما فعلت حرمتها والتحقت بالاماء وروي ان الفقيه

ابو بكر البلخي خرج على بعض نهر وكان النساء على شطه كاشفات الرؤوس
والذراع فقيل له كيف تفعل هذا فقال لا حرمة لهن انما الشك في
ايمانهن كانهن حربيات وانما قال ذلك استدلالا لما روي عن عمر رضي الله
عنه ثم الامر بالمعروف فرض اذا كان يغلب على ظنه انه يقبل منه لا يسعه
تركه ولو علم انهم يهينون بذلك او يضرب وهو لا يصبر على ذلك او يقع الفتنة
فتركه افضل ولو علم انه يصبر على الضرب والضرر ولم يتصل الى غيره
بذلك ضرر فلا بأس به وهو مجاهد بذلك ولو علم منهم انهم لا يقبلون
منه ولا يخاف منهم ضربا ولا شتما فهو بالخيار والامر افضل **قال**
ومن غصب ام ولد او مدبرة فماتت ضمن قيمة المدبرة لا ام الولد وهذه
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن ام الولد ايضا لانها متقومة عندهما
كالمدبرة وعنده غير متقومة بخلاف المدبرة وقد ذكرناه ووجه من الجانبين
في كتاب العتاق

كتاب الشفعة

وهي في اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم ضد الوتر ومنه شفاعة النبي
صلى الله عليه وسلم لانه يضمهم بها الى الفائزين يقال شفع الرجل شفعا
اذا كان فردا فصار له ثان والشفيع فيما نحن فيه يضم المأخوذ الى ملكه فلذلك
سمي شفعة **قال** هي تملك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه هذا
في الشرع ومعناه اللغوي موجود فيه وهو الضم وزيد عليه اوصاف
من التملك للبقعة على وجه الجبر وسببها اتصال ملك الشفيع بالمشتري
لانها تجب لدفع ضرر الدخيل عنه على الدوام بسبب سوء المعاشرة والمعاملة
من حيث اعلاء الجدار وايقاد النار ومنع ضوء النهار واثارة الغبار
وايقاف الدواب والصغار لا سيما اذا كان يضاده كما قيل اضيق
السجون معاشرة الاضداد وشرطها ان يكون المحل عقارا سفلا كان
او علوا احتمل القسمة او لا وان يكون العقد عقد معاوضة مال بمال
وركنها اخذ الشفيع من احد المتعاقدين عند وجود سببها وشرطها وحكمها
جواز الطلب عند تحقق السبب وصفتها ان الاخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ
حتى يثبت بها ما يثبت بالشراء نحو الرد بخيار الرؤية والعيب **قال**
وتجب للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق
ان كان خاصا ثم للجار الملاصق لما روى جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم
قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة او حائط لا يحل له ان يبيع حتى
يؤذن شريكه فان شاء اخذ وان شاء ترك وان باعه ولم يؤذنه فهو احق به
رواه مسلم والنسائي وابو داود وعن عبادة بن الصامت ان النبي

صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة بين الشركاء في الارضين والدور رواه
عبد الله بن احمد في المسند وقال عليه السلام الجار احق بشفعة جاره
ينتظر بها وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا رواه ابو داود واحمد
والدارقطني وابن ماجه وقال عليه السلام جار الدار احق بالدار
من غيره رواه احمد وابو داود والترمذي وصححه وقال عليه السلام
الجار احق بسقبه ما كان رواه احمد والنسائي وابن ماجه وانما وجبت
مرتبة على الترتيب الذي ذكره هنا لانها وجبت لدفع الضرر الدائم
الذي يلحقه من جهته على ما بينا وكل ما كان اكثر اتصالا كان احضر للضرر
واشد لعنائه فكان احق بها لقوة الموجب لها فليس للاضعف ان يأخذ
مع وجود الاقوى الا اذا ترك فحينئذ يأخذ اذا اشهد بانه يطلبها عند
علمه بالبيع وان لم يشهد عند ذلك سقط حقه وعن ابي يوسف انه لا يأخذ
وان ترك لانه محجوب به قلنا تحقق السبب في حقه وانما قدم عليه غيره
لقوته فاذا ترك كان له ان يأخذ وهو نظير دين الصحة مع دين المرض وقال
الشافعي رحمه الله لا شفعة بالجوار لقول جابر انه عليه السلام قضى بالشفعة
في كل مال لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة رواه
البخاري وقال عليه السلام اذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة
رواه الترمذي وصححه وقال عليه السلام اذا قسمت الدار وحددت
فلا شفعة رواه ابو داود وابن ماجه بمعناه ولان الشفعة تثبت
على خلاف القياس كيلا تلزمه مؤنة القسمة وهذا المعنى لا يتحقق في
الجار لانه لا يقاسم ولهذا لا تجب عنده في المشترك اذا كان لا يحتمل القسمة
كالبئر والحمام والبيت الصغير لوقوع الامن من لزوم المؤنة ولنا ما روينا
والمراد بما روى والله اعلم انها لا تجب للجار بقسمة الشركاء لانهم احق منه
وحقه متأخر عن حقهم وبذلك يحصل التوفيق بين الاحاديث ولا نسلم
ان الشفعة وجبت لدفع اجرة القسمة وكيف يكون ذلك واجرة القسمة
مشروعة وكيف يجوز الحاق الضرر بالمشتري باخذ ماله بغير رضاه
لدفع حكم مشروع وانما العلة الموجبة دفع ضرر يلحقه بسوء العشرة
على الدوام ولو كان لدفع اجرة القسمة لوجبت في المنقول وقوله
ان كان خاصا الى الشرب والطريق ان كان خاصا يستحق به وان لم يكن
خاصا لا يستحق به الشفعة والطريق الخاص ان يكون غير نافذ وان كان
نافذا فليس بخاص وان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة
فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة دون اهل العليا وان بيعت

في العليا فلاهل السكتين الشفعة لان في العليا حقا لاهل السكتين
حتى كان لهم كلهم ان يمروا فيها وليس في السفلى حق لاهل العليا حتى لا يكون
لهم ان يمروا فيها ولا لهم فتح الباب على ما بينا في كتاب القضا والشرب
الخاص عند ابي حنيفة ومحمد ان يكون نهرا صغيرا لا تجري فيه السفن وان
كان كبيرا بحيث تجري فيه السفن فليس بخاص فاذا بيع ارض من الاراضي التي
تسقى منها لا يستحق اهل النهر الشفعة بسببه والجار احق منهم بخلاف النهر
الصغير وقيل اذا كان اهله لا يحصون فهو كبير وان كانوا يحصون فهو
صغير وعليه عامة المشايخ لكن اختلفوا في حد ما يحصى وما لا يحصى فبعضهم قدر
ما لا يحصى بخمس مائة وبعضهم بالف وعن ابي يوسف رحمه الله الخاص ان يكون
نهرا يسقى منه قراحان او ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام وقيل هو مفوض
الى راي المجتهدين في كل عصر وان راوهم كثيرا كانوا كثيرا وان راوهم
قليلا كانوا قليلا وهو اشبه الاقاويل قال والشريك في خشبة على
الحايط وواضع الجذوع على الحايط جار ولا يكون شريكا لان الشركة المعتبرة
هي الشركة في العقار لا في المنقول والخشبة منقولة وبوضع الجذوع
على الحايط لا يكون شريكا في الدار وكذا بالشركة في الجذوع لا يكون شريكا
فيها لكنه جار ملازق لوجود اتصال بقعة احدهما ببقعة الاخر فيستحق
الشفعة على انه جار ملازق ولا يترجح بذلك على غيره من الجيران وكذا
اذا كان بعض الجيران شريكا في الجدار لا يقدم على غيره من الجيران لان الشركة
في البنا المجرد بدون الارض لا يستحق بها الشفعة ولو كان البنا والمكان
الذي عليه البنا مشتركا بينهما كان هو اولى من غيره من الجيران وبيان
ذلك بان يبني الشريكان في المشترك ثم يقتسما الارض غير موضع البنا فبقي
البنا وموضعه على الشركة وانما كان هو اولى لانه شريك في بعض المبيع
والشريك اولى اما في موضع البنا فظاهر لكونه شريكا فيه واما في الباقي
فكذلك عند محمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف لان الشركة اختص به
حيث كان شريكا في البعض فيقدم على الجار وفي رواية اخرى هو والجار سوا
في غير موضع الجدار لان استحقاقه الشفعة في غير موضع الجدار بالجوار وغيره
من الجيران يساوونه فيه وعلى هذا لو كان بعض الجيران شريكا في منزل
من الدار او بيت منها فبيعت الدار كان هو احق في المنزل لما ذكرنا واستووا
في البقية في رواية لان كلهم جيران في حق البقية وكذا لو كانت دار بين
رجلين ولاحدهما فيها بير مشترك بينه وبين اخر غير شريكه في الدار فباعها
كان الشريك في الدار اولى بشفعة الدار لانه شريك فيها والشريك في

البير اولى بالبير لانه شريك فيها والاخر جار وعلى هذا لو كان سفل بين رجلين
عليه علو لاحدهما مشترك بينه وبين اخر فباع من السفل والعلو كان العلو
لشريكه في العلو والسفل لشريكه في السفل لان كل واحد منهما شريك في نفس
المبيع في حقه وجار في حق الاخر او شريك في الحق اذا كان طريقهما واحدا
قال على عدد الروس بالبيع اي تجب الشفعة بالبيع وتقسم على عدد
الروس اذا كانوا كثيرين وقال الشافعي على مقدار الانصبا لان الشفعة
من مرافق الملك الا ترى انها لتكميل المنفعة فاشبه الغلة والربح والولد
والثمرة ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق بوجود علة استحقاق الكل
في حق كل واحد منهم ولهذا لو انفرد واحد اخذ الكل والاستوا في العلة
توجب الاستوا في الحكم ولا يترجح بكثرة العلل بل بقوة فيها الا ترى ان
احد الخصمين اذا اقام شاهدين والاخر اربعة فهما سوا وكذا اذا جرح
الجارحان احدهما صاحب جراحة واحدة بخلاف الجرح الجرح فان الجزا قوي
لانه لا يتخلف عنه الموت فكان اولى باضافة الموت اليه وما استشهد به
من الولد وغيره متولد من المال فيستحق بقدر الملك وتملك ملك الغير
لا يتولد من ملكه فكيف يجعل من ثمراته بل العلة اصل الملك لا قدره والحكم
لا يزداد بزيادة العلة ولو اسقط بعضهم حقه قبل القضا لهم كان لمن
بقي ان ياخذ الكل لان السبب لاستحقاق الكل قد وجد وتقرر في حق كل
واحد منهم والتنقيص للمزاحمة وقد زالت ونظيره الرهن فانه محبوس
بكل الدين وبكل جزء من اجزايه ولهذا لو اوفى البعض او كان رهنا عند
رجلين فقضى دين احدهما ليس له ان ياخذ شيا من الرهن بخلاف ما اذا اسقط
حقه بعد القضا حيث لا يكون له ان ياخذ نصيب التارك لانه بالقضا
قطع حق كل واحد منهم في نصيب الاخر ولو كان بعضهم غايبا يقضى بالشفعة
بين الحاضرين في الجميع لان الغايب يحتمل ان لا يطلب فلا يوخر بالشك وكذا
لو كان الشريك غايبا فطلب الحاضر يقضى له بالشفعة لما ذكرنا ثم اذا
حضر وطلب الشفعة قضي له بها لتحقق طلبه غير ان الغايب اذا كان
يقاسمه الحاضر لا يقضى له بالكل اذا اسقط الحاضر حقه لتحقق انقطاع
حقه عن الباقي بالقضا ولا ينظر الى ما لو قضى للشريك ثم ترك ليس للجار
ان ياخذه لانه بالقضا للشريك انقطع حقه وبطل لانه قضي عليه بذلك
لتقدمه عليه ولو اراد الشفيع ان ياخذ البعض ويترك البعض فليس له
ذلك الا برضا المشتري لانه يلحقه ضرر تفريق الصفقة عليه ولو وصل
بعض الشفعا نصيبه للبعض لا يصح ويسقط حقه به لاعراضه ويقسم بين

الباقين على عدد رؤسهم وكذا لو كان احد الشفيعين حاضرا والاخر غائبا فطلب الحاضر الشفعة في النصف على حساب انه يستحق به النصف بطلت شفعته لانه يستحق الكل والقسمة للمزاحمة فاذا ترك في شي منها وحد الامرا من فيه تسقط في الكل لكونه لا يتجزى وكذا لو كانا حاضرين فطلب كل واحد منهما النصف بطلت شفعتهما ولو طلب احدهما الكل والاخر النصف تبطل حق من طلب النصف وللاخر ان ياخذ الكل او يترك وليس له ان ياخذ النصف لما ذكرنا والباء في قوله بالبيع تتعلق بتجب في قوله تجب للخليط معناه تجب له الشفعة بعقد البيع اي بعده لانه سبب له لان السبب هو الاتصال على ما بينا والشرط رغبة المالك عنها حتى اذا اقر بالبيع اخذها الشفيع لوجود رغبته عنها وقيل البيع هو السبب بدليل ان الشفيع لو اسقط الشفعة قبل الشرا لا يصح لكونه اسقاطا قبل وجود سببه وهو البيع ولو لا ان السبب الاتصال لصح لكونه بعد وجود السبب وجوابه انه انما لم يصح الاسقاط قبله لفقد شرطه وهو البيع لان السبب لا يكون سببا الا عند وجود شرطه كما في الطلاق المعلق قال وتستقر بالاشهاد لانها حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد بعد طلب المواثبة للاستقرار وكما انه لا بد من طلب المواثبة هو ان يطلب كما سمع لقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها وقال عليه السلام الشفعة كحل العقال ولان رغبته فيها بذلك يعلم ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه ذلك الا بالاشهاد قال وتملك بالاخذ بالتراضي او بقضا القاضي اي تملك الدار المشفوعة باحد امرين اما بالاخذ اذا سلمها المشتري برضاه او بحكم الحاكم من غير اخذ لان ملك المشتري قد تم بالشرا فلا يخرج عنه الى الشفيع الا برضاه او بحكم الحاكم لان للحاكم ولاية عامة فيقدر على ذلك في ضمن الحكم بالحق وولايته على نفسه فوق ولاية القاضي عليه فكان اولى بذلك ونظيره الهبة لما تم ملك الموهوب له لا يخرج عن ملكه الا باحد الامرين المذكورين الا ان اخذ الشفعة بقضا القاضي احوط حتى كان للشفيع ان يمتنع من الاخذ اذا اسلم المشتري له بغير قضا لان في القضا زيادة فايدة وهي صيرورة الحادثة معلومة للقاضي وتبين سبب ملكه له فاذا كانت المشفوعة تملك باحد الامرين فقبل وجود احدهما لا يثبت له فيها شي من احكام الملك حتى لا تورث عنه اذا مات في هذه الحالة وتبطل شفعته اذا باع داره التي تشفع بها ولو بيعت دار بجنبها في هذه الحالة لا يستحقها بالشفعة لعدم ملكها فيها والله اعلم

باب

باب طلب الشفعة

قال رحمه الله فان علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه على الطلب ثم على البائع لو في يده اي اذا كان المبيع في يده او على المشتري او عند العقار فهذان طلبان فالاول طلب المواثبة والثاني طلب التقرير وفيه طلب ثالث وهو طلب الاخذ والتملك ولا بد من هذه الثلاثة اما الاول وهو طلب المواثبة فلما روينا وبينا من المعنى والشرط ان يطلب كما علم على الفور من غير تاخير ولا سكوت لان سكوته بعد العلم يدل على رضاه بجوار الجار الحادث ومعاشرته فتبطل شفعته به ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او وسطه فقرا الكتاب الى اخره بطلت شفعته اذا كان ذلك بعد علم المشتري والثمن لان السكوت انما يكون دليل الرضا بعد العلم بهما كالبكر لا يكون سكوتها رضا الا اذا كان بعد العلم بالزوج ثم اذا اخبر بحضرة الشهود يشهدهم عليه وان لم يكن بحضرته احد يطلب من غير اشهاد والاشهاد لمخافة الجحود والطلب لا بد منه كيلا يسقط حقه فيما بينه وبين الله تعالى وليتمكنه الحلف اذا حلف ولئلا يكون معرضا عنها وراضيا بجوار الدخيل ويشترط ان يكون متصلا بعلمه عند عامة المشايخ وهو مروي عن محمد وعنه ان له التامل الى اخر المجلس كالمخيرة لانه تملك فلا بد من التامل فيه كسائر التملكات وهذه الرواية اخذ الكرخي رحمه الله ولو قال بعدما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم او سبحان الله لا تبطل شفعته على هذه الرواية لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد الاضرار به والثالث لافتتاح الكلام به ولا يدل شي منه على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض ولا بد له من ذلك قبل العلم به على الاعراض وكذا لو قال خلصني الله ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة في الحال ولا يجب عليه الطلب حتى يخبره بها رجلان غير عدل او واحد عدل عند ابي حنيفة رحمه الله او رجل وامراتان لان فيه الزاما من وجه دون وجه فيشترط فيها احد شطري الشهادة اما العدد او العدالة وقد ذكرناها من قبل مع اخواتها وعندهما يجب عليه الاشهاد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صغيرا كان او كبيرا اذا كان الخبر حقا واذا لم يشهد بطلت شفعته ولو اخبره المشتري بنفسه يجب عليه الطلب بالاجماع كيف ما كان لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم واما الثاني وهو طلب التقرير فلا بد من الاشهاد فيه لانه يحتاج اليه

لا بثباته عند القاضي ولا يمكنه الإشهاد على طلب المواثبة ظاهرا لأنه على
الفور فيحتاج بعد ذلك إلى الإشهاد للتقرير حتى لو أمكنه ذلك وأشهد
عند طلب المواثبة بأن بلغه البيع بحضرة الشهود والمشتري أو البائع
حاضر أو كان عند العقار يكفيه ويقوم ذلك مقام الطلبين ذكره
شيخ الإسلام وكيفية هذا الطلب أن ينهض من المكان الذي سمع فيه
فيه ويشهد على البائع إن كان المبيع في يده أو على المشتري أو عند العقار
فإذا فعل ذلك استقرت شفعته وإنما صح الإشهاد عند هؤلاء الثلاثة
لأن المشتري والبائع خصم فيه بالملك أو باليد وأما عند العقار فلتعلق
الحق به ولا يكون البائع خصما بعد تسليم المبيع إلى المشتري لعدم الملك
واليد فلا يصح الإشهاد عليه بعده هكذا ذكره القدوري والناطفي
وذكر شيخ الإسلام أنه يصح استحسانا ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن
من الإشهاد مع القدرة على أحد هؤلاء الثلاثة حتى لو تمكن ولم يطلب
بطلت شفعته وإن قصد الأبعد من هؤلاء الثلاثة وترك الأقرب فإن كانوا
جميعا في مصر جاز استحسانا لأن نواحي المصر جعلت كناحية واحدة كأنهم
كلهم في مكان واحد وإن كان بعضهم فيه والبعض في مصر آخر أو في الرستاق
فقصد الأبعد وترك الذي في مصره بطلت شفعته قياسا واستحسانا
لتباين المكانين حقيقة وحكما وإن كان الشفيع غائبا يطلب طلب المواثبة
حين يعلم ثم يعذر في تأخير طلب التقرير بقدر المسافة إلى أحد هؤلاء الثلاثة
وصورة هذا الطلب أن يقول إن فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها
وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن أبي يوسف
أنه يشترط تسمية المبيع وتحديده لأن المطالبة عن مجهول لا يصح فإذا لم يبين
المطلوب لم يكن له مطالبة اختصاص بالمبيع فلم يكن لها حكم حتى يتبين
المطلوب وأما الثالث وهو طلب الأخذ والتملك فلا بد منه أيضا لأنه
لا يحكم له به بدون طلبه وسنبين كيفية هذا الطلب من قريب إن شاء الله
تعالى قال ثم لا تسقط بالتأخير أي لا تسقط الشفعة بتأخير هذا
الطلب وهو طلب الأخذ بعدما استقرت شفعته بالإشهاد وهذا عند
أبي حنيفة وأبي يوسف في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه إذا ترك المخاصمة
في مجلس من مجالس القاضي من غير عذر بطلت شفعته لأنه دليل الإعراض
والتسليم كما في تأخير الطلبين الأولين وقال محمد إن أخر هذا الطلب
إلى شهر من غير عذر بطلت شفعته وعنه أنه قدره بثلاثة أيام لأنه
لو لم تسقط بتأخيره للحق المشتري ضرر من جهته لأنه يمتنع عن التصرف

فيه

فيه خشية أن ينقض تصرفه وهو مدفوع قال عليه السلام لا ضرر ولا ضرار
في الإسلام ثم قدر تلك المدة بثلاثة أيام في رواية الهارونيات التي هي من ثبت
لابلاء الأعذار كإمهال الخصم للدفع والمدين للقضاء وفي رواية قدرها
بشهر وهو قول زفر ورواية عن أبي يوسف لأنه آجل وما دونه عاجل على
ما مر في الأيمان وجه الظاهر أن حقه قد تقرر بالإشهاد فلا يبطل
بالتأخير كسائر الحقوق وما ذكر من الضرر يمكنه دفعه بأن يرفع الأمر
إلى الحاكم فيأمره بالأخذ أو بالترك على أنه مشكل بما إذا كان الشفيع غائبا
حيث لا يسقط بالتأخير ولو كان ضررا مراعى لسقطت إذ لا فرق في لزوم
الضرر في حقه بين أن يكون حاضرا أو غائبا ولو كان التأخير بعذر من
مرض أو حبس أو عدم قاض يرى الشفعة بالجوار في بلده لا يسقط بالإجماع
وإن طالت المدة لكونه لا يتمكن من الخصومة في مصره وقال شيخ الإسلام
الفتوى اليوم على أنه إذا أخر شهرا سقطت الشفعة لتغير أحوال الناس
في قصد الإضرار بالغير قال فإذا طلب عند القاضي سأل المدعى
عليه فإن أقر بملك ما يشفع به أو نكل أو برهن الشفيع سأله عن الشرا
فإن أقر به أو نكل أو برهن الشفيع سأله عن الشرا فإن أقر به أو نكل أو
برهن الشفيع قضى بها أي إذا تقدم الشفيع وادعى الشرا وطلب الشفعة
عند القاضي سأل القاضي المدعى عليه وهو المشتري عن الدار التي يشفع بها
الشفيع هل هي ملك الشفيع أم لا فإن أقر بأنها ملكه أو أنكر ونكل عن اليمين
أو أقام الشفيع بينة أنها ملكه سأل القاضي المشتري عن الشرا فيقول
له هل اشتريت أم لا فإن أقر بأنه اشترى أو نكل عن اليمين أو أقام الشفيع
بينة قضى بالشفعة لثبوته عنده وهذا هو طلب الأخذ الموعود به فذكر هنا
سؤال القاضي المدعى عليه عن ملك الشفيع أولا عقيب طلب الشفيع وليس
كذلك بل القاضي يسأل أولا المدعي قبل أن يقبل على المدعى عليه عن
موضع الدار من مصر ومحله وحدودها لأنه ادعى فيها حقا فلا بد من أن
تكون معلومة لأن دعوى المجهول لا تصح فصار كما إذا ادعى ملك رقبتها
فإذا بين ذلك سأله هل قبض المشتري الدار أم لا لأنه إذا لم يقبضها
لا تصح دعواه على المشتري حتى يحضر البائع فإذا بين ذلك سأله عن سبب
شفعته وحدود ما يشفع بها لأن الناس مختلفون فيه فلعله ادعى
بسبب غير صالح أو يكون هو محجوبا بغيره فإذا بين سببا صالحا ولم يكن
محجوبا بغيره سأله أنه متى علم وكيف صنع حين علم لأنها تبطل بطول الزمان
وبالإعراض وبما يدل عليه فلا بد من كشف ذلك فإذا بين ذلك سأله عن

سبب شفعته وحدود ما يشفع بها لان الناس مختلفون فيه فلعله ادعاه
بسبب غير صالح او يكون هو محجوبا بغيره فاذا بين ذلك سأله عن طلب
التقرير كيف كان وعند من اشهد وهل كان الذي اشهد عنده كان اقرب
من غيره ام لا على الوجه الذي بيناه فاذا بين ذلك كله ولم يخل بشيء من
شروطه تم دعواه واقبل على المدعى عليه فسأله عن الدار التي يشفع بها
هل هي ملك الشفيع ام لا واذا كانت في يد الشفيع وهي تدل على الملك
ظاهرا لان الظاهر لا يصلح للاستحقاق فلا بد من ثبوت ملكه ليتحقق استحقاق
الشفعة فيسأله عنه فان انكر ان تكون ملكا له يقول للمدعي اقم البينة
انها ملكك فان عجز عن البينة وطلب يمينه استحلف المشتري بالله ما يعلم
انه مالك للذي ذكره مما يشفع به لانه ادعى عليه حقا لو اقر به لزمه
ثم هو في يد غيره فيحلف على العلم وهذا عند ابي يوسف وعند محمد يحلف على
البتات لان المدعي يدعي عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب فصار
كما اذا ادعى عليه الملك بسبب الشرا فان نكل او قامت للشفيع بينة
او اقر المشتري بذلك ثبت ملك الشفيع في الدار التي يشفع بها وثبت
السبب وبعد ذلك يسأل القاضي المدعى عليه فيقول له هل اشتريت
ام لا فان انكر الشرا قال للشفيع اقم البينة انه اشترى لان الشفعة
لا تجب الا بالشرا فلا بد من اثباته بالحجة فان عجز عن اقامة البينة وطلب
يمين المشتري استحلف بالله ما اشترى او بالله ما يستحق عليه في هذه الدار
شفعة من الوجه الذي ذكره وهذا تحليف على الحاصل وهو قول ابي حنيفة
ومحمد والاول على السبب وهو قول ابي يوسف على ما بيناه في الدعوى
وانما يحلف على البتات لانه تحليف على فعل نفسه وعلى ما في يده اصالة
وفي مثله يحلف على البتات على ما عرف في موضعه فان نكل او اقر او قامت
للشفيع بينة قضى بها لظهور الحق بالحجة **قال** وما يلزم الشفيع احضار
الثمن وقت الدعوى بل يجوز له المنازعة وان لم يحضر الثمن الى مجلس
القاضي فاذا قضى القاضي له بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر
رواية الاصل وعن محمد ان القاضي لا يقضي له بالشفعة حتى يحضر الثمن
وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة احترازا عن توى الثمن ووجه الظاهر
ان الثمن قبل القضا غير واجب عليه ولا يطالب باداية ولا احضار
للتسليم ولا يجب التسليم قبل الوجوب فلا معنى لاحضاره قبل القضا
ثم اذا قضى القاضي له بالشفعة قبل احضار الثمن فللمشتري ان يحبس
العقار عنه حتى يدفع الثمن اليه لانهما نزلا منزلة البايع والمشتري وينفذ

القضا عند محمد ايضا لانه فصل مجتهد فيه ولو اخر دفع الثمن بعد ما قال
ادفع الثمن اليه لا يبطل بالاجماع لتأكدها بالقضا بخلاف ما اذا اخر
قبل القضا بعد الاشهاد عند محمد حيث يبطل لعدم التاكد **قال** وخاصم
البايع لو في يده اي للشفيع ان يخاصم البايع اذا كان المبيع في يده لان
له يدا محقة اصالة فكان خصما كالمالك بخلاف المودع والمستعير
ونحوهما لان يدهم ليست باصالة فلا يكون خصما **قال** ولا يسمع البينة
حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهده والعهدة على البايع لان الشفيع
مقصوده ان يستحق الملك واليد فيقضي القاضي لكل بهما له فيشترط
حضور البايع والمشتري للقضا عليهما بهما لان لاحدهما يدا وللآخر ملكا
فلا بد من اجتماعهما لان القضا على الغايب لا يجوز ولان اخذه من يد
البايع يوجب فوات المبيع قبل القبض وفواته قبله يوجب الفسخ لكونه
قبل تمامه كما اذا هلك قبل القبض ولا يجوز ان ينفسخ عليهما الا بحضرتهما
لانه قضى عليهما بالفسخ وهو لا يجوز على الغايب بخلاف ما بعد القبض حيث
لا يشترط حضور البايع لان العقد قد انتهى بالتسليم فصار البايع اجنبيا
عنهما ثم وجه هذا الفسخ المذكور هنا ان يجعل فسخا في حق الاضافة
الى المشتري لان المبيع قد فات بالاخذ قبل القبض وهو يوجب الفسخ
فقلنا بانه انفسخ بالاضافة الى المشتري وبقي اصل العقد لان انفساخه
يوجب سقوط الشفعة وهي انما تجب بعقد البيع فيجعل العقد مضافا
الى الشفيع قايما مقام المشتري كان البايع باعه له وخاطبه بالايجاب
فجعل العقد متحولا الى الشفيع فلم ينفسخ اصله وانما انفسخ اضافته
الى المشتري ونظيره في المحسوسات من رمى سهما الى شخص فتقدم غيره
فاصابه فالرمي بنفسه لم ينتقض والتوجه الى الاول قد انتقض بتحلل
الثاني وتوجه اليه فكذا هنا تحولت الصفقة الى الشفيع كان العقد
من الابتدا وقع معه **قال** رحمه الله والوكيل بالشرا خصم للشفيع
ما لم يسلم الى الموكل لان الخصومة فيها من حقوق العقد وهي الى العاقد
اصيلا كان او وكيلا ولهذا لو كان البايع وكيلا كان للشفيع ان يخاصمه
ويأخذها منه بحضرة المشتري كما اذا كان البايع هو المالك على ما
بينا الا انه اذا سلمها الى الموكل لا يد للوكيل ولا ملك له فلا يكون
خصما بعده فصار كالبايع فانه يصير خصما ما لم يسلمها الى المشتري
فاذا سلمها لم يبق يد ولا ملك فخرج من ان يكون خصما وهذا امثلة
غير انه لا يشترط للقضا حضور الموكل لان الوكيل نايب عنه لانه قا

باختياره مقام نفسه فكان حضوره كحضور الموكل ولا كذلك البائع لانه
ليس بنائب عن المشتري فلا بد من حضور المشتري للقضاء عليه بخروجه
عن ملكه والاب ووصيه كالوكيل قال وللشفيع خيار الرؤية والعيب
وان شرط المشتري البراءة منه لان الاخذ بالشفعة شراء من المشتري ان
كان الاخذ بعد القبض وان كان قبله فشراء من البائع لتحول الصفقة
اليه فيثبت له الخياران فيه كما اذا اشترى منهما باختياره ولا يسقط
خياره برؤية المشتري ولا بشرط البراءة منه لان المشتري ليس بنائب
عن الشفيع فلا يعمل شرطه ورؤيته في حقه قال وان اختلف الشفيع
والمشتري في الثمن فالقول للمشتري لان الشفيع يدعي عليه استحقاق
الاخذ عنه بقدر الاقل والمشتري ينكر ذلك والقول للمنكر مع يمينه
ولا يتحالفان لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين
والدعوى من الجانبين والمشتري لا يدعي على الشفيع شيئا فلا يكون
الشفيع منكرا فلا يكون في معنى ما ورد النص فامتنع القياس قال
وان برهنا فللشفيع اي وان اقاما البينة فالبينة بينة الشفيع وهذا
قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي البينة بينة المشتري
لانها تثبت الزيادة والبينة المثبتة للزيادة اولى كما اذا اختلف
المشتري والبائع او الوكيل بالشراء مع الموكل في مقدار الثمن او المشتري
من العدو مع المالك القديم في ثمن العبد المأسور واقاما البينة فان
بينة البائع والوكيل والمشتري من العدو اولى لما فيها من اثبات الزيادة
ولهما ان بينة الشفيع اكثر اثباتا لانها ملزمة للمشتري وبينة المشتري
ليست بملزمة للشفيع لتخيره بين الاخذ والترك ولانه لا تنافي بين
البينتين في حق الشفيع لانه امكن ان يعمل بهما بان يثبت العقدان فيأخذ
المشتري بايهما شاء فلا نصير الى الترجيح لان الاشتغال بالترجيح عند
تعذر العمل بهما وهو نظير ما اذا اختلف المولى مع عبده فقال المولى
قلت لك اذا اديت الي الفين فانت حر وقال العبد قلت لي اذا اديت
الي الفا فانت حر واقاما البينة فان البينة بينة العبد اما لانها
ملزمة او لانه لا تنافي فيثبت التعليقان ويعتق العبد باداء اي
المالين شاء بخلاف المسائل المستشهد بها اما البائع والمشتري فلان كل
واحد من البينتين ملزمة حتى يتخير كل واحد منهما ولا يمكن الجمع بينهما حتى يأخذ
بايهما شاء لان العقد الثاني يكون فسخا للاول في حقهما فلا يأخذه
المشتري الا بالثاني فاذا تعذر الجمع صرنا الى الترجيح بالزيادة

وفيما نحن فيه لا يتعذر الجمع لانه لا ينفسخ الاول بالعقد الثاني في حق
الشفيع فيأخذ باي العقدين شاء ولهذا لو تناقضه المشتري من غيره
كان له ان يأخذه بالبيع الثاني ان شاء وان شاء بالاول واما الوكيل
والموكل فقد روى ابن سماعة عن محمد ان البينة بينة الموكل فلا يرد والفرق
على الظاهر ان الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري لوقوع المبادلة
الحكمية بينهما ولهذا يجري التحالف بينهما فكانت بينة كل واحد منهما ملزمة
ولا يمكن العمل بهما فصرنا الى الترجيح بالزيادة ولا كذلك الشفيع مع
المشتري ولهذا لا يجري التحالف بينهما على ما بينا واما المالك القديم
مع المشتري من العدو فقد ذكر في السير الكبير ان البينة بينة
المالك القديم والمعنى فيه ان بينته ملزمة وبينة المشتري من العدو
غير ملزمة لتخير المالك القديم بين الاخذ والترك فصار كالشفيع ولئن
سلمنا فنقول العمل بالبينتين غير ممكن في حق المالك القديم لان البيع الاول
ينفسخ بالثاني فوجد التعارض فصرنا الى الترجيح بالزيادة وفي حق
الشفيع لا ينفسخ فلم يوجد التعارض قال وان ادعى المشتري ثمنا
وادعى بائعه اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قال البائع لان
الامر ان كان كما قاله البائع فالشفيع يأخذ به وان كان كما قاله المشتري
يكون حطا عن المشتري بدعواه الاقل وحط البعض يظهر في حق الشفيع
على ما بينا في البيوع فيأخذ به ولان تملك المشتري بايجاب البائع فكان
القول قوله في مقدار الثمن ما دامت مطالبته باقية فيأخذ الشفيع
بقوله ولو كان ما ادعاه البائع اكثر مما ادعاه المشتري تحالفا وايهما
نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك لان النكول
كالاقرار وايهما حلف وان فسخ القاضي العقد بينهما على ما عرف في كتاب
الدعوى يأخذها الشفيع بما يقوله البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان
حق الشفيع لان حقه ثبت بالبيع فلا يقدران على ابطاله بالفسخ الا ترى
ان الدار اذا ردت على البائع بعيب لا يبطل حقه وان كان الرد
بقضاء قال وان قبض الثمن اخذها بما قال المشتري اي لو كان البائع
قبض الثمن اخذها الشفيع بما قال المشتري اذا ثبت ذلك بالبينة
او بيمينه على ما بينا لان البائع باستيفاء الثمن خرج من البين والتحق
بالاجانب لانتهاء حكم العقد به فلا يلتفت الى قوله فبقي الاختلاف
بين الشفيع والمشتري على حاله وقد بينا ان القول فيه قول المشتري
ولو كان قبض الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بالف وقبضت

الثمن يأخذها الشفيع بالقيمة لأنه لما بدأ بالإقرار بالبيع تعلقت الشفعة به ثم إن
إقراره بمقدار الثمن صحيح قبل قبض الثمن وبعده لا يصح على ما بينا والثمن
غير مقبوض ظاهرا لأن الأصل عدم القبض فيبقى حتى يوجد ما يبطله وبقوله
بعد ذلك قبضت الثمن يريد إبطال حق الشفيع لأنه إذا قبض الثمن يخرج
من البين فيكون أجنبيا ولا يقبل إقراره بمقدار الثمن على ما بينا ولا يقبل
قوله قبضت في حق الشفيع لأنه يريد بذلك أن يجعل نفسه أجنبيا حتى لا
يقبل إقراره بمقداره فيرد عليه فيأخذها المشتري بألف ولو بدأ بالقبض
الثمن قبل بيان القدر بأن قال بعت الدار وقبضت الثمن وهو ألف درهم
لم يلتفت إلى قوله في مقدار الثمن لأنه لما أقر بقبض الثمن أولا خرج من البين
فصار أجنبيا فلا يعتبر قوله في مقدار الثمن على ما بينا وقال في النهاية
نظيره ما إذا قال الوصي استوفيت منه ألف درهم وهو جميع ما كتبت عليه
فقال فلان كان على ألفا درهم وقد أخذت الكل فللوصي أن يرجع عليه بألف
أخرى لأنه لما بين قبض الجميع صار أجنبيا فلا يقبل بيانه قدره بعد ولو لم
يبين أنه قبض الجميع لا يكون أجنبيا فيقبل قوله في بيان قدره فيكون القول
لخصمه إنكاره في الأولى دون الثانية قال رحمه الله وحط البعض يظهر
في حق الشفيع لا حط الكل والزيادة أي حط بعض الثمن يظهر في حق الشفيع
حتى يأخذ بما بقي ولا يظهر حط الكل في حقه ولا الزيادة على الثمن
بعد عقد البيع حتى لا تلزمه الزيادة ولا يسقط عنه شيء من الثمن فيأخذ
بجميع المسمى عند العقد لأن الحط لما التحق بأصل العقد صار الباقي
هو الثمن كأنه لم يسم غيره لك ولا فرق في ذلك بين أن يكون الحط قبل
أخذه بالشفعة أو بعده لوجود الالتحاق في الصورتين فيرجع الشفيع
على المشتري بالزيادة إن كان أوفاه الثمن ولو حط بعض الثمن بعد
تسليم الشفعة كان له أن يأخذها بالباقي لأنه تبين له أن الثمن أقل
فلا يصح تسليمه بخلاف حط الكل حيث لا يلتحق بأصل العقد لأنه لو
التحق لكان هبة أو بيعا بلا ثمن وهو فاسد فلا شفعة فيهما وكذا
الزيادة تلتحق بأصل العقد وإنما لا تظهر في حق الشفيع لأنه استحق
أخذها بالمسمى قبل الزيادة فلا يملك إبطال حقه الثابت له فلا
يتغير العقد في حقه كما لا يتغير بتجديد العقد لما يلحقه بذلك
من الضرر وتلتحق به في حق نفسه لأن له ولاية على نفسه دون الشفيع
بخلاف بيع المرابحة والتولية حيث تلتحق الزيادة في حقه أيضا حتى جاز
بناؤهما عليها لأنه ليس فيه إبطال حق أحد لأن المشتري لا يستحق عليه

احد

أحد بيعي المرابحة فيلتحق في حقهما بأصل العقد وفيه خلاف زفر والشافعي
وقد بيناه في البيوع وبينا الحجج من الجانبين قال وإن اشترى دارا
بعرض أو عقار أخذها الشفيع بقيمته وبمثله لو مثليا لأن الشفيع يتملكها
بمثل ما تملكها المشتري به ثم المثل لا يخلو إما أن يكون مثلا له صورة
ومعنى كالمكيل والموزون والعددي المتقارب أو معنى لا صورة وهو
عداه ذلك فيعتبر المثل كما في ضمان العدوان فيأخذ به لأنه بدلها
ولهذا لو اشتراها بعقار أخذ كل واحد منهما بقيمة الآخر قال وبحال
لو مؤجلا أو يصبر حتى يمضي الأجل أي يأخذها المشتري بثمن حال إذا كان
الثمن مؤجلا أو يصبر حتى يمضي الأجل فيأخذها عند ذلك وليس له أن
يأخذها في الحال بثمن مؤجل وقال زفر والشافعي ومالك له ذلك لأن
للشفيع حق الأخذ بالثمن الذي يملك به المشتري بصفته والأجل صفة
للدين ألا ترى أنه يقال دين مؤجل ودين حال ولنا أن الأجل يثبت بالشرط
وليس من لوازم العقد فاشتراطه في حق المشتري لا يكون اشتراطا في
حق الشفيع كالخيار والبراءة من العيوب ورضاه به في حق المشتري لا يدل
على رضاه به في حق الشفيع لتفاوت الناس فيه ولا نسلم أنه وصف للدين
لأن الأجل حق المطلوب والدين حق الطالب ولو كان وصفا له لكان حقه
للطالب ولهذا لو باع ما اشتراه بثمن مؤجل مرابحة أو تولية لا يثبت
الأجل من غير شرط ولو كان صفة له لثبت ثم إذا أخذها من البائع بثمن حال
سقط الثمن عن المشتري لتحول الصفقة إلى الشفيع على ما بينا من قبل
ورجع البائع على الشفيع بثمن حال وإن أخذها من المشتري رجع البائع
على المشتري بثمن مؤجل لأن الأجل ثبت بالشرط فلا يبطل بأخذ الشفيع
بثمن حال كما لا يبطل ببيعه المشتري بثمن حال وإن اختار الانتظار كان
له ذلك لأن له أن لا يلتزم الضرر الزائد وقوله أو يصبر أي عن الأخذ
أما الطلب فلا بد منه في الحال حتى لو سكت ولم يطلب بطلت شفعته
عند أبي حنيفة ومحمد وكان يقول أبو يوسف أولا ثم رجع عنه وقال
لا تبطل شفعته بالتأخير إلى حلول الأجل لأن الطالب ليس بمقصود
لذاته بل للأخذ وهو لا يتمكن منه في الحال بثمن مؤجل فلا فائدة في
طلبه في الحال فلا يكون سكوته دليل الإعراض ولهما أن حق الشفيع
قد ثبت ولهذا كان له أن يأخذه بثمن حال ولولا أن حقه ثابت لما كان
له أن يأخذه بثمن حال ولما أن حقه ثابت لما كان له الأخذ في الحال والسكوت
عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل الشفعة قال وبمثل الخمر وقيمة

الخنزير اذا كان الشفيع ذميا وكقيمتهما لو مسلما اي لو اشترى ذمي من ذمي
عقارا بخمر او خنزير فان كان شفيعه ذميا اخذه بمثل الخمر وقيمة الخنزير
لان هذا البيع يقضى بصحته فيما بينهم فاذا صح ترتبت عليه احكام البيع ومن
جملة الاحكام وجوب الشفعة به فيستحقه ذميا كان الشفيع او مسلما غير
ان الذمي لا يتعذر عليه تسليم الخمر فياخذ بها لانها من ذوات الامثال والمسلم
لا يقدر على ذلك لكونه ممنوعا من تمليكها وتملكها فيجب عليه قيمتها كما في
ضمان العدوان والخنزير من ذوات القيم فيجب عليهما قيمته ولا يقال قيمة
الخنزير تقوم مقام عينه فوجب ان يحرم على المسلم تمليكه بخلاف قيمة الخمر
على ما عرف في موضعه لانا نقول انما يحرم عليه تمليكها اذا كانت القيمة
بدلا عن الخنزير واما اذا كانت بدلا عن غيره فلا يحرم وهنا بدل عن الدار
لا عن الخنزير وانما الخنزير لعقد رقيمته بدل الدار فلا يحرم عليه تمليكها
بل تملكها بان اسلم المشتري قبل اخذ الشفيع الدار بالشفعة فان الشفيع
ياخذها بقيمة الخنزير ولو كان شفيعها مسلما وذميا اخذ كل واحد منهما
النصف بما ذكرنا من قيمة الخمر ومثلها اعتبارا للبعض بالكل ولو اسلم الذمي
صار حكمه كحكم المسلم من الابتداء فياخذها بقيمة الخمر والخنزير كما اذا كان
الثمن مثليا فانقطع قبل الاخذ بالشفعة فانه ياخذها بقيمته للتعذر
كذا هذا والمستامن كالذمي في جميع ما ذكرنا من الاحكام لالتزامه احكامنا
مدة مقامه في دارنا فصار كالذمي في تلك المدة ولا فرق بين ان يكون
المشترى دارا او بيعة او كنيسة فان الشفيع ياخذه بالشفعة لان ملك
الذمي فيها ثابت اذا كان يعتقد ان ملكه لا يزول بجعله بيعة او كنيسة
وان كان يعتقد انه يزول فكذلك ايضا لانه باقدامه على شراها ما يعتقد
جواز شراها والذمي اذا دان بدينا ينفذ تصرفه على مقتضى دينا وان كان
في دينهم لا يجوز والمكان ولهذا اذا ترافعوا الينا نحكم بينهم باحكامنا
والمرتد لا شفعة له وطريق معرفة قيمة الخمر والخنزير بالرجوع الى ذمي
اسلم او فاسق تاب ولو اسلم احد المتعاقدين والخمر غير مقبوضة نقض
البيع لان الاسلام يمنع قبضها ولكن لا تبطل الشفعة لانها وجبت بالبيع
فلا يبطل بانتقاضه كما اذا اشترى دارا بعبد فهلك العبد قبل
القبض فان البيع ينتقض بهلاكه ولكن لا تبطل الشفعة فياخذها
الشفيع بقيمة العبد قال وبالثمن وقيمة البناء والغرس لو بنى المشتري
او غرس او كلفنا المشتري قلعهما اي اذا بنى المشتري او غرس في الارض
المشفوعة ثم قضى للشفيع بالشفعة فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بالثمن

وقيمة

وقيمة البناء والغرس مقلوعا وان شاء كلف المشتري قلعه فياخذ الارض
فارغة وعن ابي يوسف انه لا يكلفه بالقلع ولكنه بالخيار ان شاء اخذها
بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء ترك وبه قال الشافعي ومالك لانه
ليس بمتعد في البناء والغرس لثبوت ملكه فيه بالشراء فلا يعامل باحكام
العدوان فصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكما اذا زرعها
المشتري فان كل واحد منهم لا يكلف القلع لتصرفه في ملكه فكذا المشتري
في المشفوعة ولهذا لا يكلف قلع الزرع وهذا لان ضرر الشفيع بالزام
قيمة البناء والغرس اهون من ضرر المشتري بالقلع لان الشفيع يحصل له
بمقابلة القيمة عوض وهو البناء والغرس فلا يعد ضررا ولم يحصل للمشتري
بمقابلة القلع شيء فكان الاول اهون فكان اولى بالتحمل ووجه ظاهر
الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متاكد للغير من غير تسليط من جهة من له
الحق فينقض كالراهن اذا بنى في المرهون وانما قلنا ذلك لان حق الشفيع
اقوى من حق المشتري ولهذا ينقض جميع تصرفات المشتري حتى الوقف
والمسجد والمقبرة بخلاف بناء الموهوب له على قول ابي حنيفة والمشتري
شراء فاسدا لانه بتسليط منه ولا تسليط من الشفيع هنا ولان حق الاسترداد
للواهب والبائع ضعيف ولهذا لا ينقض تصرفهما فلا يبقى بعد البناء وحق
الشفيع قوي فيبقى بعده كما يقلع المستحق بناء المغرور وغرسه وله ان ياخذه
بقيمته مقلوعا كالمستحق ولا مساواة بين الحقين حتى يرجح بزيادة الضرر
لان الترجيح انما يصار اليه عند التساوي وربما لا نوافقه فيحتاج الى
قلعه فيلحقه ضرر زائد وفي الزرع القياس ان يقلع الا انا استحسنا
وقلنا لا يقلع لان له نهاية معلومة كيلا يتضرر المشتري بالقلع من
غير عوض وليس على الشفيع كثير ضرر بالتاخير لانه يترك باجر قال
واذا استحقت وقلعهما الشفيع رجع بالثمن فقط معناه ان الشفيع لو
اخذ الارض بالشفعة فبنى فيها او غرس ثم استحقت فكلف المستحق
الشفيع بالقلع فقلع البناء والغرس رجع الشفيع على المشتري بالثمن
لانه تبين ان المشتري اخذ الثمن من الشفيع بغير حق لان الارض لم تكن في
ملكه فيسترد منه الثمن ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان كان
اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه معناه لا يرجع بما نقص القلع
وعن ابي يوسف انه يرجع به لانه متملك عليه فكان كالمشتري ووجه
الظاهر وهو الفرق بينه وبين المشتري ان المشتري مغرور من جهة البائع
ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط للشفيع من جهة المشتري

لان الشفيع اخذها منه جبرا ونظيره الجارية المأسورة اذا اخذها المالك
القديم من مالكها الجديد بقيمتها او بالثمن فاستولدها ثم استحقت
من يده وضمن قيمة الولد رجع عليه بما دفع اليه من القيمة او الثمن ولا
يرجع بقيمة الولد لانه لم يغره بخلاف ما لو كان مشتريا حيث يرجع بها على
البائع لانه مغرور من جهته قال وبكل الثمن ان خربت الدار او جف
الشجر ومعناه لو اشترى ارضا فيها بناء او غرس فانهدم البناء من غير
صنع احد ياخذها الشفيع بكل الثمن ولا يسقط من الثمن شيء لانهما
تابعان للارض حتى يدخلان في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من
الثمن ولهذا ابيعها في هذه الصورة مرابحة من غير بيان بخلاف ما اذا
تلف بعض الارض بغرق حيث يسقط من الثمن بحصته لان الفائت بعض
الاصل هذا اذا انهدم البناء ولم يبق له نقض ولا من الشجر شيء من حطب
او خشب واما اذا بقي شيء من ذلك واخذه المشتري لانفصاله من الارض
حيث لم يكن تبعا للارض فلا بد من سقوط بعض الثمن بحصة ذلك لانه
عين مال قائم بقي محتبسا عند المشتري فيكون له حصة من الثمن فيقسم
الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الاخذ قال
وبحصة العرصة ان نقض المشتري البناء اي ياخذ الشفيع العرصة
بحصتها من الثمن ان نقض المشتري البناء لانه صار مقصودا بالاتلاف
والتبع اذا صار مقصودا به يقابله شيء من الثمن بخلاف الاول لان
الهلاك فيه بآفة سماوية فاذا كان له حصة من الثمن يقسم الثمن على
قيمة الارض والبناء يوم العقد عليهما بخلاف المسئلة الاولى وهو ما اذا
انهدم بنفسه وكان النقض باقيا حيث يعتبر فيها قيمة النقض يوم الاخذ
بالشفعة لانه صار له قيمة بالحبس ونقض الاجنبي البناء كنقض
المشتري قال والنقض له اي النقض للمشتري لان الشفيع انما كان
ياخذه بطريق التبعية للعرصة وقد زالت بالانفصال قال
وبثمرها اذا ابتاع ارضا ونخلا وثمرا او اثمر في يده اي ياخذها الشفيع
مع ثمرها اذا كان المشتري اشترى الارض مع ثمرها بان شرطه في البيع
او اثمر عند المشتري بعد الشراء لان الثمر لا يدخل في البيع الا بالشرط لانه
ليس بتبع بخلاف النخل والقياس ان لا يكون له اخذ الثمر لعدم التبعية
كالمتاع الموضوع فيها ووجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال خلقة صار
تبعا من وجه ولانه متولد من المبيع فيسري اليه الحق الثابت في الاصل
الحادث قبل الاخذ كالمبيعة اذا ولدت قبل القبض فان المشتري يملك

الولد تبعا للام كذا هذا قال وان جذه المشتري سقط حصته
من الثمن اي في الفصل الاول وهو ما اذا اشتراها بثمرها بالشرط
فكان له قسط من الثمن بحصته وان هلك بآفة سماوية فكذلك
لانه لما دخل بالتسمية صار اصلا فيسقط بحصته من الثمن بفواته
واما في الفصل الثاني فياخذ الارض والنخل بجميع الثمن لان الثمر لم
يكن موجودا عند العقد فلا يدخل عند الاخذ في البيع الا تبعا فلا يقابله
شيء من الثمن وكان ابو يوسف يقول اولا يحط عنه من الثمن في الفصل
الثاني ايضا لان حال المشتري مع الشفيع كحال البائع مع المشتري
قبل قبض المبيع ولو اكل البائع الثمر الحادث بعد العقد سقط حصته
من الثمن لان الشفيع ياخذ بما قام على المشتري وهو قام عليه المبيع بدون
الثمر بجميع الثمن فياخذ به وهذا لان الحادث من الثمر بعد القبض لا حصة
له من الثمن بخلاف ما اذا كانت موجودة عند العقد لانها تدخل قصدا
على ما بينا وبخلاف الحادثة قبل القبض عند البائع لانها حدثت على
ملك المشتري ويكون لها حصة من الثمن اذا صارت مقصودة بورود
القبض عليها او بالاستهلاك وليس للشفيع ان ياخذ الثمر بعد الجذاذ
في الفصلين لزوال التبعية بالانفصال باب
ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب قال رحمه الله انما تجب الشفعة
في عقار ملك بعوض هو مال وقوله في عقار يتناول ما يقسم وما لا يقسم
وقال الشافعي لا تجب فيما لا يقسم كالبئر والرحا والحمام والنهر والطريق
وهذا مبني على ان الشفعة انما تجب لدفع اجرة القسام عنده وعندنا
لدفع ضرر سوء العشرة على الدوام فبنى كل على قاعدته والنصوص تشهد
لنا لانها مطلقة فيتناول ما يقسم وما لا يقسم واحترز بقوله بعوض
عما اذا ملك بالهبة فان الشفعة لا تجب فيها وبقوله هو مال عما اذا ملك
بعوض غير مال كالمهر والخلع والصلح عن دم العمد والعتق ونحو ذلك
فان الشفعة لا تجب في هذه الاشياء على ما نبينه من قريب قال
لا في عرض وفلك اي لا تجب الشفعة في عرض وسفينة وقال مالك
تجب في السفينة لانها تسكن كالعقار ولنا ما روي انه عليه السلام
قال لا شفعة الا في ربع او حائط ولان الاخذ بالشفعة ثبت بالنص على
خلاف القياس في العقار فلا يجوز الحاق المنقول به لانه ليس في معنى
العقار وهذا لان الشفعة انما شرعت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام
وما ينقل ويحول لا يدوم فلا يدوم الضرر فيه كما يدوم في العقار لان

المنقول يشتري للبيع عادة ولمصلحة القاش ثم يخرجه عن ملكه اذا قضى
وطره ولا كذلك العقار قال وبنائه ونخل بيعا بلا عرصة لانهما
منقولان فلا تجب فيهما اذا بيعا بلا ارض وان بيعا مع الارض تجب فيهما
الشفعة تبعا للارض بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به
السفل على انه مجاورة وذلك اذا لم يكن طريقه طريق السفل وان كان
طريقهما واحدا يستحق بالطريق الشفعة على انه خليط في الحقوق وهو الفارق
لان حق التعلي يبقى على الدوام وهو غير منقول فيستحق به الشفعة كالعقار
ولا كذلك البناء والنخل فلا يستحق بهما الشفعة قال ولا دار جعلت
مهرا او اجرة او بدل خلع او بدل صلح عن دم عمد او عوضا عن عتق او وهبت
بلا عوض مشروط لان الشرع لم يشرع التملك بالشفعة الا بما ملك به
المشتري صورة ومعنى او معنى بلا صورة ولا يمكن ذلك اذا ملك العقار
بهذه الاشيا لانها ليست باموال ولا مثل لها حتى ياخذه الشفيع بمثلها
فلا يمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بما تملك به المشتري فلم يكن
مشروعا وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة
عنده فيوخذ بقيمتها عند تعذر الاخذ بمثلها كما في البيع بعرض الا ترى
انها مضمونة بها شرعا والضمان يكون بالقيمة وهذا يدل على انه جعله
قيمة لها بخلاف الهبة بلا عوض لتعذر الاخذ بلا عوض اذ هو غير مشروع
وقوله يتاتى فيما اذا وقعت هذه الاشيا في جزء شايع من العقار من احد
الشريكين لانه لا شفعة عنده الا للشركاء ولنا ان المستحق بهذه العقود
ليست بمال ولا مثل المال لا صورة ولا معنى فلم يصلح المال قيمة
لها لان قيمة الشي ما يقوم مقامه لاتحادهما في المقصود ولا اتحاد في
المقصود بين المال وبين هذه الاشيا فلا يكون قيمة لها غير ان الشارع
جعلها مضمونة بالمال اما لخطرها او للضرورة فلا يتعدى موضعها
لان ما ثبت للضرورة يقتصر عليها ولا ضرورة في حق ثبوت الشفعة
فلا يكون متقومة في حقه فيكون الماخوذ بمقابلتها بمنزلة الموهوب
بلا عوض ولان الشفيع يتملك بما تملك به المشتري من السبب لا بسبب
اخر وهنا لو اخذه كان ياخذه بسبب اخر غير الاول لان الاول نكاح او
اجارة او غير ذلك وليس ببيع اصلا ولو اخذه لكان بيعا وفيه انشا
تصرف غير الاول والاخذ بالشفعة لم يشرع الا بالسبب الاول ولهذا
يتحول الصفقة اليه فيقبل التصرف في هذه العقود لا يمكن ذلك فلا
تكون الشفعة فيها مشروعة لانه ليس بمورد النص ولا هو في معناه

فيمنع الالحاق ولو تزوجها بغير مهر ثم فرض لها عقارا مهرا لم يكن فيه
الشفعة لانه تعيين لمهر المثل وهو مقابل بالبضع بخلاف ما لو باعها
العقار بمهر مثلها او بالمسمى عند العقد او بعده حيث يثبت فيه الشفعة
لانه مبادلة مال بمال لان ما اعطاها من العقار بدل عما في ذمته من المهر
ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه الف درهم فلا شفعة في جميع الدار
عند ابي حنيفة وقالا تجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه
وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد
بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة
شرعت في المبادلة المالية المقصودة دون التبع الا ترى ان المضارب
اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه
تابعا فيه قال او بيعت بخيار للبائع لان خياره يمنع خروج المبيع
عن ملكه وبقاء ملكه يمنع وجوب الشفعة لان شرط وجوبه ان يخرج عن
ملكه فان اسقط الخيار وجبت الشفعة فيه لوجود السبب وزوال المانع
ثم في الاصح يشترط الاشهاد عند سقوط الخيار لان البيع انما صار سببا
لافادة الحكم في ذلك الوقت ووجوب الشفعة تبنى على انقطاع حق
المالك بالبيع وهو ينقطع به عنده وان اشترى بشرط الخيار وجبت
الشفعة اما عندهما فظاهر لان المشتري ملكها واما عنده فلخروجه
عن ملك البائع ووجوب الشفعة يبتنى عليه الا ترى ان البائع اذا اقر
بالبيع وانكر المشتري تجب الشفعة ثم اذا اخذها الشفيع في الثلث
لزم البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لان خيار الشرط لا يثبت
الا بالشرط والشرط كان للمشتري دون الشفيع واذا بيعت
دار بجنبها والخيار لاحدهما كان له الاخذ بالشفعة لان البائع لم يخرج المبيع
عن ملكه ان كان الخيار له فله ان ياخذها بالشفعة ويسقط خياره ويلزم
البيع لان الاخذ بالشفعة نقض منه للبيع لانه اراد بذلك الاستبقا
اذ لا تجب الشفعة الا لدفع ضرر على الدوام وكذلك المشتري عندهما
ان كان الخيار له لان المبيع دخل في ملكه عندهما لانه يصير بالاخذ مختارا
للبيع فيصير اجازة فيلزم ويملك به المبيع ولانه صار احق بالبيع من غيره
وذلك يكفي لاستحقاق الشفعة كالماذون له والمكاتب اذا بيعت دار
بجنب دارهما وكذا اذا اشترى دارا ولم يرها فبيعت دار بجنبها قبل ان
يرى الاولى كان له ان ياخذها بالشفعة لان ملكه في التي يشفع بها ثابت
فيستحق به الشفعة كما يستحق فيما اذا اشترى مع خيار الشرط او تاع

لكنه هنا اذا اخذ المشفوعة لا يسقط خياره لان خيار الرؤية لا يبطل
بصريح الابطال فبدلالته اولى ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى والتي
اشتراها المشتري كان له ان ياخذها بالشفعة لانه هو اولى بها من
المشتري لما عرف ان الشفيع اولى من المشتري وليس له ان ياخذ الثانية
وهي التي اخذها المشتري بالشفعة اذا لم تكن متصلة بملكه لانعدام
سبب الشفعة في حقها وانفصالها بالمشفوعة لا يغنيه لعدم ملكه
فيها وقت بيع الاخرى وان كانت متصلة بملكه كان له ان يشاركه فيها
بالشفعة لوجود السبب وهذا لا يختص بالرد بخيار شرط او رؤية بل كل
من اشترى دارا وبيعت دار بجنبها كان له ان ياخذها بالشفعة
ثم اذا جاء شفيع الاولى بعدما اخذ المشتري الثانية بالشفعة كان لهذا
الذي جاء ان ياخذ الاولى بالشفعة وليس له ان ياخذ الثانية بالشفعة
الا اذا كانت متصلة بملكه على ما بينا قال او بيعت فاسدا ما لم يسقط
حق الفسخ بالبناء اي لا شفعة في دار بيعت بيعا فاسدا حتى يسقط حق
الفسخ بشيء يسقطه كالبناء لان البيع الفاسد قبل القبض لا يفيد الملك
للمشتري فيكون ملك البائع باقيا على حاله فلا يثبت للشفيع فيه حق مع
بقاء ملكه وبعد القبض وان كان يفيده لكن حق البائع باق فيها الا ترى
انه واجب الرفع لدفع الفساد ولهذا يحرم على المشتري التصرف فيها وفي
اثبات الحق له تقريره فلا يجوز لانه لو جاز لتحول ذلك الفساد بعينه
الى الشفيع بخلاف الدار المشتراة بخيار الشرط للمشتري حيث ياخذها
الشفيع لخروجها عن ملك البائع ولم يتعلق له فيها حق ولهذا جاز
للمشتري التصرف فيها بخلاف المشتري في البيع الفاسد ثم اذا اسقط
حق الفسخ زال المانع من وجوب الشفعة فتجب وهو المراد بقوله
ما لم يسقط حق الفسخ بالبناء اي بناء المشتري فيها لان حق البائع ينقطع
به عند ابي حنيفة وعندهما لا ينقطع به فلا تجب فيها الشفعة وتخصيصه
بالبناء لا فائدة فيه لان شرط وجوب الشفعة ان ينقطع حق البائع
ولا يختص ذلك بالبناء بل ينقطع حق البائع باخراج المشتري المبيع
بالبيع او غيره على ما عرف في البيع الفاسد فاذا اخرجه عن ملكه بالبيع
كان للشفيع ان ياخذها باي البيعين شاء لانقطاع حق البائع فان
اخذه بالبيع الثاني اخذه بالثمن لان البيع الثاني صحيح والواجب فيه
الثمن فياخذه به وان اخذها بالبيع الاول اخذها بقيمتها لان
الواجب فيه القيمة ولا يعود حق البائع بنقض البيع الثاني لياخذها

الشفيع

الشفيع لان البيع الثاني كان صحيحا مفيدا للملك وانما فسخ لحق الشفيع
لان البيع الثاني كان صحيحا مفيدا له ولو عاد حق البائع لبطل حق
الشفيع ومن المحال ان يبطل حقه بالفسخ لاجله لان ما يكون من
مقتضيات حق شخص لا يثبت على وجه يبطل حقه وكذا اذا اخرجه عن
ملكه بغير البيع كالهبة او جعله مهرا او غير ذلك نقض تصرفه واخذه
بقيمته لما ذكرنا وان بيعت دار بجنبها قبل القبض فللبائع الشفعة
في المبيعة لبقاء ملكه فيها وان سلمها الى المشتري فهو شفيعها لان الملك
له ولا يؤدي اخذها الى تقرير الفساد لان الفسخ ممكن بعد الاخذ
بالشفعة ولا فساد في الماخوذة بخلاف المشتراة شراء فاسدا لان
اخذها بالشفعة يؤدي الى تقرير الفساد على ما بينا ثم ان سلم البائع
المبيع الى المشتري قبل الاخذ بالشفعة بطلت شفعته كما اذا باعها
قبل الاخذ بالشفعة وان سلمها بعد الحكم له بها لا تبطل لان ملكه في
المشفوعة قد تقرر بالحكم فلا يبطل باخراج الاولى عن ملكه وانما
يستحق المشتري الدار المبيعة بجنبها بالشفعة اذا كان بيعها بعد قبضه
لا قبله لان الشفعة انما تستحق بالملك ولا ملك له قبله وان بيعت
بعد القبض فاستردها البائع منه قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت
شفعته لخروجها عن ملكه قبل الاخذ فصار كما اذا باعها قبله وان
استردها بعد الحكم له بها بقيت على ملكه لما ذكرنا قال او قسمت
بين الشركاء اي لو قسمت الدار بين الشركاء لا تجب الشفعة لجارهم بالقسمة
بينهم لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة
لم تشرع الا في المبادلة المطلقة وهي المبادلة من كل وجه قال
او سلمت شفعته ثم ردت بخيار رؤية او شرط او عيب بقضاء اي اذا اسلم
الشفيع الشفعة ثم ردت الى البائع بخيار رؤية او شرط كيف ما كان
او بعيب بقضاء قاض لا تجب الشفعة فيها لانه فسخ من كل وجه فلا يمكن
ان يجعل عقدا جديدا فصار الى قديم ملك البائع والشفعة تجب
في الانشاء لا في الاسترداد والبقاء على ما كان ولا فرق في ذلك بين ان
يكون الفسخ قبل القبض او بعده وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة
ولا خيار رؤية بالجر معناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية ولا يصح
الرواية بالنصب عطفا على الشفعة لان معناه يصير على هذا التقدير
ان خيار الرؤية لا يثبت في القسمة فيفسد المعنى لان المذكور في كتاب
القسمة ان خيار الرؤية وخيار الشرط يثبتان في القسمة لان ثبوتهما

لخللٍ في الرضا في العقود التي لا تنعقد لازمة إلا بالرضا والقسمة فيها ما فيها
من معنى المبادلة والمبادلة أغلب في غير المكيل والموزون فيجوز فيهما
خيار الرؤية ولا يجوز في المكيل والموزون لأن معنى الإفراز فيهما هو الغالب
ولهذا كان لكل واحد من الشريكين أن يأخذ نصيبه من غير إذن صاحبه ولأنه ١
لا فائدة فيه إلا إعادة القسمة بنصيبه مثله بلا تفاوت بخلاف غيرهما
من العقار والعروض لأنه إذا أصابه غيرها أصابه في الأول قد يجعل
عوضه لأن المساواة فيما عند القسمة تثبت بضرب من الاجتهاد فيحتمل
أن يقع في قلبه أن نصيب غيره أحسن فيفيد الإعادة وقال في الكافي
وصحح شمس الأئمة السرخسي الرواية بالنصب وقال لا يثبت خيار الرؤية
في القسمة سواء كانت القسمة بقضاء أو برضا وبه قال المشايخ رحمهم
الله **قال** ويجب لو رُدّت بلا قضاء أو تقايلا أي يجب الشفعة إن
ردها المشتري بعيب بغير قضاء القاضي أو تقايلا البيع وقال زفر
لا يجب لأن شفعته قد بطلت بالتسليم والرد بالعيب بغير قضاء إقالة
والإقالة فسخ للعقد ولهذا ذلك والعبرة للعقد المتقدم قلنا الإقالة
مثبتة للملك بتراضيهما كالبيع غير أنهما قصدا الفسخ فيصح فيما لا يتضمن
إبطال حق الغير لأن لهما ولاية على أنفسهما فيكون فسخا في حقهما ولا
ولاية لهما على غيرهما فيكون بيعا جديدا في حق الشفيع لوجود حد البيع
فيه وهو مبادلة المال بالمال بتراضيهما فيتجدد له بها حق الشفعة
وقد قال صاحب الهداية ومراده الرد بالعيب بعد القبض لأن قبله
فسخ من الأصل وإن كان بغير قضاء وإنما يستقيم هذا على قول محمد لأن
بيع العقار عنده قبل القبض فلا مانع له من حمله على البيع وهذا لأن
الرد بالعيب بغير قضاء إقالة والإقالة بيع عند أبي يوسف مطلقا
ما لم يتعذر جعله بيعا وعند أبي حنيفة وإن كان فسخا في حقهما لكنه
بيع جديد في حق غيرهما فأمكن جعله بيعا في حق الشفيع فلا يفترق
الحال بين أن يكون بعد القبض وقبله

باب ما تبطل به الشفعة

رحمه الله تعالى وتبطل بترك المواثبة أو
التقرير أي تبطل الشفعة بترك طلب المواثبة أو طلب التقرير حين علم
مع القدرة عليه بأن لم يشهد أحد فيه أو لم يتكلم في الصلاة لأنها تبطل
بالإعراض وترك الطلبين أو أحدهما مع القدرة عليه دليل الإعراض
على ما بيّنا من قبل **قال** وبالصلح عن الشفعة على عوض وعليه
رده أي تبطل الشفعة إذا صالح المشتري الشفيع على عوض وعلى

الشفيع

الشفيع رد العوض لأن حق الشفعة ليس بمتقرر في المحل وإنما هو مجرد
حق التملك فلا يجوز أخذ العوض عنه ولا يتعلق إسقاطه بالجائز
من الشرط فالأولى إذا قال الشفيع أسقطت شفعتي فيما اشتريت على أن
يسقط شفعتك فيما اشتريت أو على أن لا تطلب الثمن مني لكونه ملائما
حتى لو تراضيا سقط حق كل واحد منهما ومع هذا لا يتعلق إسقاط الشفعة
بهذا الشرط بل يسقط بمجرد قوله أسقطت بدون تحقق الشرط ولأن لا
يتعلق سقوطه بالشرط الفاسد وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال بل
هو رشوة محضا أولى فيصح الإسقاط ويبطل الشرط وكذا لو باع شفعته
بمال لما بينا ولأن البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك
فكان عبارة عن الإسقاط فقط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها
بخلاف الاعتياض عن القصاص وملك النكاح وإسقاط الرق لأن ملكه
في هذه الأشياء متقرر في المحل ولهذا يستوفيه وينفرد به ألا ترى أن للولي
أن يقتله قصاصا بغير قضاء ولا رضا فعلم أن حقه ثابت في المحل في حق
القتل ولولا ذلك لما تمكن من القتل بغير قضاء ولا رضا ونظير ما نحن
فيه ما إذا قال للمخيرة اختاريني بألف أو قال العنين لامرأته اختاري
ترك الفسخ بألف فاختارت سقط الفسخ ولا يثبت العوض والكفالة
بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي رواية أخرى لا تبطل
الكفالة ولا يجب المال وقيل في الشفعة كذلك حتى لا يجب المال ولا
تبطل الشفعة وقيل هذه رواية في الكفالة خاصة ووجه الفرق
بينهما على هذه الرواية أن الشفعة تبطل بالإعراض دون الكفالة
والأصح أن الكفالة والشفعة يسقطان ولا يجب المال هذا إذا كان
بعد البيع وأما قبل البيع فلا يسقط به لأن ضمان إسقاط الحق قبل
وجوبه لا يصح وبعده يسقط بالإسقاط علم بالسقوط أو لم يعلم لأنه
لا يعذر بالجهل بالأحكام في دار الإسلام ولا يرتد بالرد لأنه مجرد حق
ولو صالح على أخذ نصف الدار بنصف الثمن يجوز ولو صالح على أخذ بيت
بحصته من الثمن لا يجوز الصلح ولا يسقط شفعته لأنه لم يوجد منه
الإعراض غير أن الثمن مجهول لأن حصته من الثمن غير معلوم عند الأخذ
ومثله من الجهالة يمنع صحة البيع ابتداء والأخذ بالشفعة بيع من الشفيع
قال وبموت الشفيع لا المشتري أي بموت الشفيع قبل الأخذ
بعد الطلب أو قبله تبطل الشفعة ولا تورث عنه ولا تبطل بموت
المشتري وقال الشافعي لا تبطل بموت الشفيع أيضا لأن هذا حق معتبر

في الشرع كالقصاص وحق الرد بالعيب ولنا انه مجرد حق وهو حق التملك
وانه مجرد راي وهو صفته فلا يورث عنه بخلاف القصاص لان من عليه
القصاص صار كالمملوك لمن له القصاص ولهذا جاز اخذ العوض عنه
وملك العين تبقى بعد الموت فامكن ارثه بخلاف الشفعة لانها مجردة
حق اذ هي مجرد الراي والمشية ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها وكذا
لا يمكن ارثها ولان الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التي يشفع بها
ويثبت الملك فيها للوارث بعد البيع وقيام ملك الشفيع في التي يشفع
بها من وقت البيع الى الاخذ بالشفعة شرط ولم يوجد في حق الميت وقت
الاخذ ولا في حق الوارث وقت البيع فبطلت لانها لا تستحق بالملك
الحادث بعد البيع ولا بالملك الزايل وقت الاخذ وانها لا تبطل بموت
المشتري لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه وانما حصل الانتقال
الى الورثة في الدار المشفوعة وذلك لا يضره كما اذا انتقل الى غيره بسبب
اخر فينقضه ويأخذها بالشفعة كما ينقض ساير تصرفاته حتى المسجد
والمقبرة والوقف وكذا لو باعها القاضي بعد موته او باعها وصيه
كان له نقضه قال ويبيع ما يشفع به قبل القضا بالشفعة.
اي تبطل الشفعة ببيع الدار التي يشفع بها قبل الاخذ بالشفعة.
لان سبب استحقاقه قد زال قبل تملكه ولا فرق بين ان يكون عالما
وقت بيع داره بشرا المشفوعة او لم يكن عالما لانه لا يختلف في الحالين
فصار كالتسليم الصريح فانه لا يختلف بين ان يعلم بيعها او لم يعلم وكذا
ابرا الغريم لان كل ذلك اسقاط فلا يتوقف على العلم كالطلاق والعتاق
الا ترى انه لا يرتد برد المشتري ولا يتوقف على قبوله ولا يختلف بين
حضرته وغيبته ولو باع التي يشفع بها بشرط الخيار لا تبطل شفعته
لبقاء السبب لان خيار البايع يمنع خروج المبيع عن ملكه ولو اشتراها
الشفيع من المشتري بطلت شفعته لانه بالاقدام على الشرا من المشتري
اعرض عن الطلب وبه تبطل الشفعة ولمن هو بعده من الشفعا او مثله
ان ياخذها منه بالشفعة بالعقد الاول وان شا بالعقد الثاني اما
اعراضه عن الاول فظاهر وكذا عن الثاني وهو الذي باشره بنفسه لانه
باشتغاله به مع امكان اخذه منه بالشفعة جعل معرضا عن الاخذ بسببه
فلا يثبت له به حق لانه اعراض بخلاف ما اذا اشتراها ابتدا من غير ان
يثبت له فيها حق الاخذ لان شراه هناك لم يتضمن اعراضا لانه مقبل
على التملك وهو معنى الاخذ بالشفعة وانما اشتراها لعدم التمكن من

اخذها

اخذها بطريق اخر ولا كذلك هنا وكذلك ان استاجر الشفيع الدار المشفوعة
او ساومها او طلب من المشتري ان يوليه بطلت شفعته لانه دليل
الاعراض قال ولا شفعة لمن باع او بيع له اي بالوكالة والاصل فيه
ان من باع او بيع له لا شفعة له ومن اشترى او اشتري له كان له الشفعة
لان الاخذ بالشفعة في الاول يلزم منه نقض ما تم من جهته وهو البيع لان البيع
تمليك والاخذ بالشفعة تملك وبينهما منافاة وكذا البيع يوجب التسليم والاخذ
ينافيه لانه يمتنع به التسليم وفي الثاني لا يلزم ذلك بل فيه تقرير لان الاخذ
بالشفعة مثل الشرا ولا فرق فيمن باع او اشترى من ان يكون وكيلا او اصيلا
حتى لا يكون له الشفعة في الاول ولا لموكله ان كان وكيلا وفي الثاني
له الشفعة ان كان اصيلا ولموكله ان كان وكيلا حتى اذا باع المضارب
او العبد الماذون له العقار ليس له ولا لرب المال حق الاخذ بالشفعة
ولو اشتراه كان له ولرب المال الشفعة لما ذكرنا وكذا للمولى ان كان على
العبد دين وان لم يكن عليه دين فلا فايدة بالاخذ لانه ملكه ولم يتعلق به
حق غيره والمجيز للعقد الذي باشره الفضولي كالموكل لان الاجازة
اللاحقة كالوكالة السابقة ثم فايدة قولنا ان المشتري لا تبطل شفعته
ان يشارك غيره من الشفعا ان لم يتقدموا عليه وان يتقدم هو على من بعده
من الشفعا وان يسلم له عند ترك غيره من الشفعا والبايع ليس له ان
يطلب المبيعة بالشفعة بدار اخرى غيرها يملكها لانه لما باعها رغب
عنها والاخذ رغبة فيها فتنافيا بخلاف المشتري قال ولو شرط البايع
الخيار للثالث فاجاز فهو كالبايع وان كان المشتري هو الذي فعل ذلك
فاجاز كان كالمشتري والمعنى ما بيناه كذا ذكر في النسخة التي كتب منها
وليس هذا في اصل الكتاب فلينظر وليتامل قال او ضمن الدرك عن البايع
يعني اذا ضمن الدرك عن البايع وهو شفيع فلا شفعة له لان تمام البيع
انما كان من جهته لان المشتري لم يرض بالبيع الا بضمانه فلما ضمن تم به العقد
فلا يكون له نقض ما تم من جهته على ما بيناه في البايع قال ومن ابتاع
او ابتيع له فله الشفعة لان الشراء لا يدل على الاعراض على ما بينا من المعنى
في نوعه قال وان قيل للشفيع انها بيعت بالف فسلم ثم علم انها بيعت
باقل او ببر او شعير قيمته الف او اكثر فله الشفعة لان تسليمه كان لاستكثار
الثمن او لتعذر الجنس ظاهرا فاذا تبين له خلاف ذلك كان له الاخذ
للتيسر وعدم الرضا على تقدير ان يكون الثمن غيره لان الرغبة في الاخذ
يختلف باختلاف الثمن قدرا وجنسا فاذا اسلم على بعض وجوهه لا يلزم منه

التسليم في الوجوه كلها وكذا الكل موزون او مكيل او عددي متقارب بخلاف
ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم
او دنانير فلا يظهر فيه التيسير فلا يكون له الاخذ وكذا لو اخبر ان الثمن عروض
كالثياب والعبيد ثم ظهر انه مكيل او موزون او اخبر ان الثمن مكيل او موزون
فظهر من خلاف جنسه من المكيل او الموزون فهو على شفعته لما ذكرنا وان
ظهر انه جنس آخر من العروض قيمته مثل قيمة الذي بلغه او ظهر انه ذهب او فضة
قدر مثل قيمة ذلك فلا شفعة له لعدم الفائدة لان في غير المكيل والموزون
الواجب القيمة فلا يظهر التفاوت قال ولو بان انها بيعت بدنانير
قيمتها الف فلا شفعة له وهذا قول ابي يوسف وهو استحسان والقياس
ان يثبت له حق الشفعة وهو قول ابي حنيفة وزفر لان الجنس مختلف حقيقة
وحكما ولهذا جاز التفاضل بينهما في البيع وكذا لو اجبر على ان يقر بالدراهم
فاقر بالدنانير كان التفاضل بينهما في البيع وكذا لو اجبر على مختارا غير مكره
ولو كانا جنسا واحدا لما كان مختارا وجه الاستحسان انهما جنس في الثمنية
وكالا ثمانية ولهذا ضم احدهما الى الآخر في الزكاة قال وان قيل له
ان المشتري فلان فسلم فبان انه غيره فله الشفعة لتفاوت الناس في
الاخلاق فمنهم من يرغب في معاشرته ومنهم من يجتنب مخافة شره فالتسليم
في حق البعض لا يكون تسليما في حق غيره ولو علم ان المشتري هو مع غيره
كان له ان ياخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شراء النصف
فسلم ثم بلغه شراء الكل فله الشفعة في الكل لانه سلم النصف وكان حقه
في اخذ الكل والكل غير النصف فلا يكون اسقاطه اسقاطا للكل ولان
التسليم لخوف ضرر الشركة ولا شركة وهذا التعليل يستقيم في الجار دون
الشريك والاول يستقيم فيهما وفي عكسه وهو ما روي اذا اخبر بشراء
الكل فسلم ثم ظهر شراء النصف لا شفعة له في ظاهر الرواية لان التسليم
في الكل تسليم في ابعاضه كلها ولان رغبات الناس في الحمل اكثر عادة من
رغباتهم في الاشقاص لخلو الحمل عن عيب التشقيص فاذا لم يرغب فيه
فاولى ان لا يرغب في التشقيص وقيل له الشفعة لانه قد لا يتمكن من
تحصيل ثمن الجميع وقد يكون حاجته الى النصف ليتم به مرافق ملكه فلا يحتاج
الى الجميع وشيخ الاسلام مال الى هذا وحمل ما ذكره في ظاهر الرواية
على ما اذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل اما اذا تبين له ان ثمن النصف
مثل نصف ثمن الكل فله الشفعة والمعنى ما بينا قال وان باعها الا ذراعا
في جانب الشفيع فلا شفعة له معناه اذا باع العقار الا مقدار ذراع

في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لان الاستحقاق بالجوار ولم يوجد
الاتصال بالمبيع وكذا لو وهب هذا القدر للمشتري لعدم الالتزاق وهذه
حيلة قال واذا ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في
السهم الاول فقط لان الشفيع جار في السهمين والمشتري شريك في السهم
الثاني وهو مقدم على الجار ولو اراد الحيلة اشترى السهم الاول بجميع
الثمن الا درهما والباقي بالدراهم فلا يرغب الجار في اخذ السهم الاول
لكثرة الثمن لاسيما اذا كان السهم الاول جزءا قليلا كالعشر مثلا او اقل
وكذا في المسئلة الاولى يتاتى مثل هذه الحيلة بان يبيع قدر الذراع
او اقل في طول الحد الذي يلي الشفيع بجميع الثمن الا درهما ثم يشتري
الباقي بدرهم فان اخذ بالشفعة اخذ قدر الذراع بجميع الثمن وليس له ان
ياخذ الباقي لانه ليس بجار له فان ما خاف ان لا يوفي صاحبه شرط الخيار
لنفسه وان خافا فاشرط كل واحد منهما الخيار لنفسه ثم يجيزان معا واذا خاف
كل واحد منهما اذا اجاز ان لا يجيز صاحبه وكل كل منهما وكيلا ويشترط
عليه ان يجيز بشرط ان يجيز صاحبه قال وان ابتاعها بثمن ثم دفع ثوبا
عنه فالشفعة بالثمن لا بالثوب لان الثوب عوض عما في ذمة المشتري فيكون
البائع مشتريا للثوب بعقد آخر غير العقد الاول وهذه الحيلة تعم الجوار
والشركة لانه يبتاع العقار باضعاف قيمته ويعطيه بها ثوبا قيمته
قدر قيمة العقار غير انه يخاف ان يتضرر البائع بذلك لانه لو استحقت
الدار يبقى الدراهم كلها في ذمة البائع لوجوبه عليه بالبيع الثاني
ثم انه كانت حصلت بطريق المقاصة بثمن العقار فاذا استحق تبين
انه ليس عليه العقار وبطلت المقاصة فيجب على البائع الثمن كله
والحيلة فيه ان يدفع اليه بدل الدراهم الثمن الدنانير بقدر قيمة
العقار فيكون صرفا بما في ذمته من الدراهم ثم اذا استحق العقار تبين
ان لا دين على المشتري فيبطل الصرف للافتراق قبل القبض فيجب
رد الدنانير لا غيره الحيلة الاولى تختص بالجار وهذه لا الحيلة اخرى
تعم الجار والشريك ان يشتري باضعاف قيمته من الدراهم ثم يوفيه
من الدراهم قدر قيمة العقار الا قدر قيمة الدينار مثلا فيعطيه
الدينار بالباقي فيصير صرفا فيه ثم اذا استحق المشفوع رد ما قبض وقيمة
الدينار على انه بدل عن العقار المستحق والدينار لبطلان الصرف
قال ولا تكره الحيلة لاسقاط الشفعة والزكاة وهذا عند
ابي يوسف وعند محمد تكره لان الشفعة وجبت لدفع الضرر وهو واجب

والحاق الضرر به حرام فكانت مكروهة ضرورة ولابي يوسف انه محتاج الى
دفع الضرر عن نفسه والحيلة لدفع الضرر عن نفسه مشروع وان كان
غيره يتضرر في ضمنه ثم قيل هذا الاختلاف بينهما قبل الوجوب واما بعده
فمكروه بالاجماع هكذا ذكره شيخ الاسلام ذكر قوله في النهاية والقايل
لهذا القول قاسه على الاختلاف في الزكاة فانه لا يكره عند ابي يوسف
قبل الوجوب وعند محمد يكره وقيل لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة وانما
الخلاف في فصل الزكاة وقال شمس الايمة الاشتغال بالحيل بابطال
حق الشفعة لا باس به اما قبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك
بعد الوجوب اذا لم يقصد المشتري الاضرار به وانما قصد الدفع عن ملك نفسه
ثم قال وقيل هذا قول ابي يوسف واما عند محمد فيكره على قياس اختلافهم
في الزكاة ثم الحيل التي تسقط الوجوب منها ان يعوضه فيسقط الشفيع
الشفعة فتسقط شفعته ولا يجب عليه العوض او يقول له انا ابيعك
اياه او يقول له المشتري اشتره مني فيقول الشفيع نعم فتسقط شفعته
وكذا اذا اجر من الشفيع على ما بينا ومن الحيل التي تمنع الوجوب ان يوكله
ببيعها او يضمنه الدرك او يجعل البايع الخيار اليه في عقد البيع الى غير
ذلك من الحيل التي ذكرناها من قبل ومن الحيل ان يوجر المشتري البايع
شيا ببعض العقار الذي يريد شراه كالثوب مثلا يوجره ليلبسه البايع
يوما بجزء شايع من العقار الذي يريد شراه ثم يشتري الباقي لانه لما ملكه
منه جزءا شايعا صار شريكا له وليس للشفيع فيه شفعة لانه ملكه بالاجارة
ولا فيما اشتراه بعد ذلك لان الشريك اولى وهذه الحيلة لا تدفع الا
الجار قال واخذ حظ البعض يتعدد بتعدد المشتري لا بتعدد البايع
ومعناه ان المشتري اذا تعدد بان اشترى جماعة عقارا والبايع واحد يتعدد
الاخذ بالشفعة بتعددهم حتى كان للشفيع ان ياخذ نصيب بعضهم ويترك
الباقي وان تعدد البايع بان باعوا جماعة عقارا اشتركوا فيه والمشتري
واحد لا يتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم حتى لا يكون للشفيع ان ياخذ نصيب
بعضهم دون بعض والفرق ان الشفيع في الوجه الثاني لو اخذ نصيب بعضهم
تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر بالاخذ منه
وعيب الشركة وهي شرعت على خلاف القياس لدفع الضرر عن الشفيع
فلا تشرع على وجه يتضرر به المشتري ضررا زايدا سوى الاخذ وفي الوجه
الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة على احد ولا فرق
في هذا بين ان يكون قبل القبض او بعده في الصحيح الا ان الشفيع لا يمكنه

ان ياخذ نصيب احدهم اذا نقد حصته من الثمن حتى ينقد الجميع كيلا يؤدي الى
تفريق اليد على البايع بمنزلة المشتري نفسه لانه كواحد منهم وكذا اذا
كان المشتري واحدا فنقد البعض من الثمن وسوا سمى لكل بعض ثمنا او سمى
للكل جملة لان العبرة في هذا لاتحاد الصفقة لا لاتحاد الثمن واختلافه
والمعتبر في التعدد والاتحاد العاقد دون المالك حتى لو وكل واحد جماعة
بالشرا فاشتروا له عقارا واحدا بصفقة واحدة او متعددة كان للشفيع
ان ياخذ نصيب بعضهم لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد وهو الاصيل فيه
فيتحد باتحاده ويتعدد بتعدده ثم في الصحيح لم يفصل بينما اذا كان بعد
القبض او قبله على ما بينا وروى الحسن عن ابي حنيفة انه فصل فقال
اذا اخذ قبل القبض نصيب احدهم ليس له ذلك وبعده كان له ذلك لانه
قبل القبض يتضرر البايع باخذ البعض منه بتفريق اليد عليه وبعده
لا يتضرر لانه لم يبق له يد وجوابه ان له ان يحبس المبيع الى ان يستوفي جميع
الثمن على ما بينا فلا يؤدي الى تفريق اليد عليه قال ومن اشترى نصف
دار غير مقسوم اخذ الشفيع حظ المشتري بقسمته اي لو اشترى نصف دار
غير مقسوم فقاسم المشتري البايع اخذ نصيب المشتري الذي حصل له بقسمته
وليس له ان ينقض القسمة سوا كانت القسمة بحكم او بالتراضي لان القسمة
من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع الا ترى ان الهبة تتم بها حتى صحت
بالقسمة والتسليم بعد ان وقعت فاسدة للشيوع باعتبار ان قبضه
ناقص فيما يحتمل القسمة والشفيع لا ينقض القبض ليجعل العهدة على
البايع فكذا ما يتم القبض وهذا لان القبض بجهة البيع له حكم البيع فكما
لا يملك نقض البيع الاول لا يملك نقض القبض لوجود جهته ولا يقال
القسمة فيها معنى المبادلة والشفيع يملك نقض تصرفاته فكذا نقض
قسمته لانا نقول القسمة افراز من وجه ولهذا يجري فيها الجبر مبادلة
من وجه ولهذا تجري فيها احكام البيع من رد بعيب او خيار رؤية ومن حيث
انها افراز لم يوجد فيها الا القبض فباعتبار انها مبادلة له نقض وباعتبار
انها افراز لا يملك فلا يملك بالشك وهذا لان القياس ان لا ينقض من
تصرفات المشتري شيا لانها صحيحة لصدورها عن مالك ولهذا لو باعه
او اجر يطيب له الثمن والاجر وليس للشفيع فيه ملك وانما ثبت له حق
الاخذ وذلك لا يمنع نفوذ تصرفاته غير ان له ان ينقض تصرفاته ليبطل
حقه لدفع الضرر عن نفسه ولا ضرر في القسمة فيبقى على الاصل في
حق البيع الاول وفي حق ما له حكم البيع الاول وهو القبض بجهته بخلاف

ثم اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك
الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد لم يقع من الذي قاسم فلم
تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع الاول ثم هو تصرف بحكم الملك
فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اذا لم يكن للشفيع نقض قسمته
كان له ان يأخذ نصيب المشتري في اي جانب كان لانه استحقه بالشرا والمشتري
لا يقدر على ابطال حقه فيما ضمن وهو مروي عن ابي يوسف واطلاق الكتاب يدل
عليه وعن ابي حنيفة انه انما يأخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه
لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الاخر قال وللعبد المأذون المديون الاخذ بالشفعة
من سيده وكذا عكسه معناه اذا باع رجل دارا وللبائع عبد مأذون له في التجارة
وعليه دين يحيط بماله ورقبته فللعبد ان يأخذ الدار بالشفعة وكذا
عكسه وهو ما اذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة لان الاخذ
بالشفعة بمنزلة الشرا وشرا احدهما من صاحبه جائز اذا كان على العبد
دين لانه يفيد ملك اليد للعبد لكون المولى لا يملك ما في يد العبد
المديون او لكون العبد احق به بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين والعبد
بائع لان بيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له بخلاف ما اذا اشترى لانه
ابتيع له وقد بينا ان من ابتاع او ابتيع له لا تبطل شفعته قال وصح
تسليم الشفعة من الاب والوصي والوكيل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد وزفر لا يجوز وهو على شفعته اذا بلغ الصغير او بلغ الخبر الموكل
وعلى هذا الخلاف بطلان الشفعة بسكوت الاب والوصي عند العلم بالشرا
لزفر ومحمد في الاب والوصي ان هذا ابطال لحق الصبي فلا يصح كالعفو عن
قوده واعتاق عبده وابرا غريمه ولان تصرفهما نظري والنظر في الاخذ
متعين الا ترى انه شرع لدفع الضرر فكان في ابطاله الحاق الضرر به فلا
يملكه ولهما ان الاخذ بالشفعة في معنى التجارة بل عينها الا ترى انه مبادلة
المال بالمال وترك الاخذ بها ترك التجارة فيملك كما يملك ترك التجارة
برد البيع عند ما يقال للاب بعتك هذا المال بمال الصغير يوضحه انه
لو اخذه بالشفعة ثم باعه من ذلك الرجل بعينه جاز فكذلك اذا سلمه
اليه بل اولى لانه اذا اخذه ثم باعه منه كان التعهد على الصبي وفي الاول
على البائع او على المشتري ولان هذا تصرف داير بين الضرر والنفع
فيحتمل ان يكون الترك انفع بابقا الثمن على ملك الصغير فيملكه كالاخذ
بخلاف العفو عن القود واخته لانه ضرر محض غير متردد لانه ابطال
بغير عوض وهنا بعوض يعدله وهو الثمن فلا يعد ضررا وسكوتهما كابطالهما

لان السكوت ممن يملك الاخذ بالشفعة دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل
قيمتها وان بيعت باكثر من قيمتها مما لا يتغابن الناس في مثله قيل جاز التسليم
بالاجماع لان النظر متعين فيه وقيل لا يجوز التسليم بالاجماع وهو الاصح لانه
لما ملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة
فعن ابي حنيفة لا يصح تسليم الاب والوصي ولا رواية عن ابي يوسف هكذا
في الهداية وفي الكافي قال ذكر في المختصر والمختلف اذا اسلم الاب شفعة الصغير
والشرا باقل من قيمته بكثير فعن ابي حنيفة انه يجوز ايضا لانه امتناع عن ادخال
في ملكه لا ازالة عن ملكه فلم يكن تبرعا وعن محمد انه لا يجوز لانه بمنزلة التبرع
بماله ولا رواية عن ابي يوسف وقال في النهاية لما لم يصح التسليم منهما على
قول ابي حنيفة رحمه الله لا يصح التسليم ايضا على قول محمد وزفر لانهما لا يريان
تسليم الاب والوصي شفعة الصغير جائزا فيما اذا بيعت بمثل قيمتها فلان
لا يجوز فيما اذا بيعت باقل من قيمتها اولى ولو كان المشتري هو الاب لنفسه
كان له ان يأخذ بالشفعة لابنه الصغير ما لم يكن فيه ضرر ظاهر على
الصغير وكذا لو اشترى لابنه الصغير كان له ان يأخذ بالشفعة ما لم يكن
فيه ضرر ظاهر على الصغير وهو ان لا يكون فيه غبن فاحش لانه معتبر بشرايه
وبيعه مال الصغير لنفسه وفي الشرا يشترط ان لا يكون فيه غبن وكذا في الاخذ
بالشفعة والوصي كالاب في هذا الا انه يشترط في حقه ان يكون فيه للصغير
نفع ظاهر حتى اذا كان بمثل القيمة لا يجوز لما ذكرنا انه معتبر بشرايه وبيعه
مال الصغير لنفسه في الاب والوصي اذا اشترى مال الصغير لنفسه بمثل
القيمة لا يجوز وكذا اذا باعه من نفسه بمثل القيمة لا يجوز حتى يكون اكثر منه
في الشرا وفي البيع اقل وفي الاب يجوز بمثل القيمة فيهما فكذا الاخذ بالشفعة
ثم كيفية طلبه ان يقول اشتريت واخذت بالشفعة متصلا بكلامه ولو باع
كل واحد منهما ملك الصغير او ملك نفسه ليس له ان يأخذ بالشفعة لنفسه
ولا للصغير لما ذكر ان من باع او بيع له فلا شفعة له وللصغير ان يطلب
الشفعة اذا بلغ فيما اذا باع مال نفسه لا مال الصغير وكذا اذا كان
في الشرا غبن كان للصغير ان يطلب الشفعة اذا بلغ لان كل واحد منهما
ليس له ان يأخذه للصغير فلا يبطل شفعة الصغير بسكوته ولو كان
البائع لمال الصغير وصي القاضي كان لوصي الميت ان يأخذه بالشفعة
لانه ليس ببائع فلا يمتنع واما الوكيل فالمراد به هاهنا الوكيل بطلب
الشفعة واما الوكيل بالشرا فتسليمه الشفعة صحيح بالاجماع وكذا سكوته
اعراض بالاجماع ثم الوكيل بطلب الشفعة انما يصح تسليمه اذا كان في

في مجلس القاضي عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يصح في مجلس القاضي وغيره
وعند محمد وزفر ان قبله لم يصح اصلا لانه اتى بضد ما امر به فصار كما لو
وكله باستيفاء الدين فابرأه الوكيل عن الدين وهما يقولان انه توكيل بالشراء
لان الاخذ بها شراء والوكيل بالشراء له الا يشتري فكذا هذا له ان يترك
الشفعة غير ان ابا يوسف يقول هو وكيل مطلقا فينفذ تصرفه مطلقا
في مجلس القاضي وغيره وابو حنيفة يقول ان الوكيل بطلب الشفعة وكيل
بالخصومة فلا تعتبر الخصومة الا في مجلسه فلا يكون وكيلا في غير مجلس
الحاكم وهذا الخلاف بينهم مع نظير الخلاف في اقرار الوكيل بالخصومة
على موكله ولو اقر هذا الوكيل وهو الوكيل بطلب الشفعة على موكله بانه
سلم الشفعة جاز اقراره عليه عند ابي حنيفة ومحمد اذا كان في مجلس
القاضي وان كان في غيره فلا يجوز الا انه يخرج من الخصومة وقال ابو يوسف
يجوز مطلقا وقال زفر لا يجوز مطلقا وهي مسئلة اقرار الوكيل بالخصومة
وموضعها كتاب الوكالة وهي معروفة

كتاب القسمة

قال وهي في اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء والاسوة
للايتساء **قال** هي جمع نصيب شائع في معين وهذا في الشريعة وسببها
طلب الشركاء او بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص لان كل واحد من
الشركاء منتفع بنصيب غيره فالطالب للقسمة يسأل القاضي ان يخصه
بالانتفاع بنصيبه ويمنع غيره عن الانتفاع بنصيبه فيجب على الحاكم ان
يجيبه اليه وركنها هو الفعل الذي يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين
كالكيل والوزن والعد والذرع وشرطها ان لا تفوت المنفعة بالقسمة
فاذا كانت تفوت بها منفعته لا يقسم جبرا كالبئر والرحا والحمام
ونحو ذلك لان الغرض المطلوب منها توفير المنفعة فاذا ادت الى فواتها
لم يجبر الحاكم عليها وهي جائزة بالكتاب قال الله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة
بينهم وقال تعالى واذا حضر القسمة وبالسنة لانه عليه السلام باشرها
في الغنائم والمواريث وعلى جوازها انعقد الاجماع ولان فيه انصاف
الشركاء واظهار العدل بايصال الحق الى مستحقه فكان واجبا وحكمها
تعيين نصيب كل واحد منهم حتى لا يكون لكل واحد منهم تعلق بنصيب
صاحبه **قال** وتشتمل على الافراز والمبادلة وهو الظاهر في المثلي
فيأخذ حظه حال غيبة صاحبه وهي في غيره فلا يأخذ اي القسمة تشتمل
على تمييز الحقوق والمبادلة والتمييز هو الظاهر في ذوات الامثال
حتى كان لاحد الشريكين ان يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه والمبادلة

هي

هي الظاهرة في غير المثلي كالثياب والعقار والحيوان حتى لا يأخذ نصيبه
حال غيبة صاحبه والدليل على ان فيها معنى الافراز والمبادلة ان ما
يأخذ كل واحد منهما يشتمل كل جزء منه جزء به على النصيبين فكان نصفه
ملكه ولم يستفده من جهة صاحبه فكان افرازا والنصف الاخر كان لصاحبه
اخذه عوضا عما في يد صاحبه من نصيبه فكان مبادلة ضرورة الا ان معنى
الافراز والتمييز في المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة اظهر
لعدم التفاوت بين ابعاضها لان ما يأخذه كل واحد منهما من نصيب شريكه
مثل حقه صورة ومعنى فامكن ان يجعل عين حقه ولهذا جعل عين حقه في
القرض والصرف والسلم لانه لو كان مبادلة لما صح في القرض للافتراق
قبل قبض احد العوضين ولا في السلم والصرف لحرمة الاستبدال فيهما وكذا
في قضاء الدين جعل المقبوض عين حقه حتى يجري فيه الجبر ولو كان غيره
لما جرى اذ لا يجبر احد على المعاوضة وكذا جاز لاحدهما ان يأخذ نصيبه حال
غيبة صاحبه ولو كان مبادلة لما جاز وكذا لو كانا اشترياه جاز لاحدهما
ان يبيع نصيبه مرابحة على حصته من الثمن ولو كان مبادلة لما جاز ومعنى
المبادلة في غير المثلي اظهر للتفاوت فلا يمكن ان يجعل كانه اخذ عين حقه
لعدم المعادلة بينهما بيقين فلا يمكن اجراء الاحكام التي ذكرناها في المثلي
الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة بطلب بعضهم
لما فيها من معنى الافراز وفيها تكميل المنفعة والمقاصد متقاربة لاتحاد
الجنس وجاز الاجبار عليها لدفع الضرر عنهم والمبادلة قد يجري فيها
الاجبار دفعا للضرر كالاخذ بالشفعة وقضاء الدين لان المقبوض
ليس عين الدين حقيقة وانما هو بدل عنه وهذا لان الطالب للقسمة
يسأل القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه وان يمنع الغير عن الانتفاع
بملكه فيجب على القاضي ان يجيبه وان كان اجناسا مختلفة لا يجبر عليها
لفحش التفاوت في المقاصد فلا يمكن اعتبار الافراز فيها فكانت مبادلة
من كل وجه ولا اجبر فيها مع امكان الوصول الى حقه ولو تراضوا عليها
جاز لان الحق لهم **قال** ويجبر في متحد الجنس عند طلب احد الشركاء
لا في غيره اي اذا طلب بعض الشركاء القسمة يجبر الآبي على القسمة في
متحد الجنس سواء كان من ذوات الامثال اولا ولا يجبر في غير متحد
الجنس كالغنم مع الابل لما بينا من المعنى **قال** وندب نصب قاسم
رزقه في بيت المال ليقسم بلا اجر لان القسمة من جنس عمل القضاء من
حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي ولان منفعته تعود

الى العامة كنفقة القضاة والمقاتلة والمفتين فيكون كفايته في بيت
المال لانه اعد لمصالحهم كنفقة متولا قال رحمه الله والاصب ان ينصب قاسما
يقسم باجر بعدد الروس ان الامام لم ينصب قاسما رزقه في بيت المال ونصب
قاسما باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص وليس بقضا حقيقة
حتى جاز للقاضي ان ياخذ الاجر على القسمة وان كان لا يجوز له على القضا
الا ترى انه لا يفترض عليه ان يقسم بينهم بالمباشرة ومباشرة القضا فرض
عليه ويقدر له القاضي اجر مثله كيلا يطمع في اموالهم ويتحكم بالزيادة
والافضل ان يرزق من بيت المال لانه اروح وارفق بالعامة وابعد عن
تهمة مواضعة القاضي مع القاسم وقوله بعدد الروس اي يجب عليهم الاجرة
على عدد الروس ولا يتفاوت الانصبا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
على ما يجي بيانه عن قريب ان شا الله تعالى قال ويجب ان يكون عدلا امينا
عالما بالقسمة لانه من جنس عمل القضا ولانه لا بد من الاعتماد على قوله
والقدرة على القسمة وذلك بالامانة والعلم قال ولا يتعين قاسم واحد
لانه لو تعين لتحكم بالزيادة على اجر مثله ولهذا المعنى لا يجبرهم الحاكم ان
يستاجروه ولان القسمة فيها معنى المبادلة ويشبه القضا على ما بينا
ولا جبر فيهما ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز لما ذكرنا ان فيها معنى المبادلة
ويشبه القضا فيجوز بالتراضي كسائر المعاوضات والتحكيم الا اذا كان
فيهم صغير لان تصرفه لا ينفذ ولا ولاية لهم عليه قال ولا يترك القسام
اي يمنعهم القاضي من الاشتراك كيلا يتضرر الناس لان الاجرة تصير بذلك
غالية لانهم اذا اشتركوا تواكلوا وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليها
خشية الفوت فيرخص الاجر بسبب ذلك ثم اجرة القسمة على عدد الروس
عند ابي حنيفة وقالا على قدر الانصبا لانه مونة الملك فيتقدر بقدره كاجرة
الكيال والوزان وحفر البير المشترك وحمل الطعام المشترك وغسل
الثوب المشترك ونفقة الشي المشترك وكبس الجدار المشترك وتطيين
السطح المشترك ولان المقصود بالقسمة ان يتوسل كل واحد منهم الى
الانتفاع بنصيبه ومنفعة نصيب صاحب الكثير اكثر فيكون مونته
عليه اكثر وهذا انظر واما العين المشتركة لما كان ما يحصل منها
لصاحب الكثير اكثر كانت مونة العين عليه اكثر ولابي حنيفة رحمه الله
ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما تصعب الحساب بالنظر الى
القليل وقد ينعكس الامر باعتبار كسور فيه فيتعذر اعتباره الا ترى
انه لا يتصور تمييز القليل من الكثير الا بما يفعله فيهما فيتعلق الحكم

باصل

٢٥١

باصل التمييز لا بعمل الافراز واقع لما حمله بخلاف حفر البير لان الاجر مقابل
بنقل التراب وهو متفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على
الخلاف فلا يرد وان لم يكن للقسمة فالاجرة مقابل بعمل الكيل والوزن
لا بالتمييز وعمل الكيل والوزن يتفاوت ولو اطلقنا الجواب ولم نفرق
بين ان يكون الكيل والوزن للقسمة او لغيره واوجبنا في الكل على قدر
الانصبا كان العذر له فيه ما ذكرنا من ان الاجر مقابل بعمل الكيل والوزن
وهو متفاوت فلا يلزمه واليه مال شمس الايمة السرخسي ومال بعضهم الى الاول
فاوجب على السوا ان كان للقسمة والا فعلى قدر الانصبا وفي الحمل الاجر
مقابل بالنقل وهو يتفاوت بخلاف التمييز في الغسل مقابل بالتنظيف
فيتقدر بقدر الملك في التفاوت وبخلاف النفقة لانها لابقا الملك
وتتفاوت بتفاوته وفي البنا والتطيين الاجر مقابل بنفس البنا والتطيين
وهو مقدر بالمكان بخلاف التمييز والزوايد تتولد من الملك فيستحق بقدر الملك
وروى الحسن عن ابي حنيفة ان الاجرة على الطالب للقسمة دون الممتنع لان
الطالب هو المنتفع بالقسمة دون الاخر قال ولا يقسم العقار بين الورثة
باقرارهم حتى يبرهنوا على الموت وعدد الورثة وهذا عند ابي حنيفة وقالا
يقسم باعترافهم لان اليد دليل الملك لانه في ايديهم والاقرار دليل الصدق
ولا منازع لهم فيقسم بينهم فصار كما اذا كان الموروث منقولا او كان العقار
مشترى وهذا لانهم لا منكر لهم ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد البينة بلا
انكار لكنه يذكر في كتاب القسمة انه قسمه باعترافهم ليقتصر عليهم ولا يتعدى
الى غيرهم حتى لا يعتق امهات اولاده ولا مدبروه لعدم ثبوت موته في حقهم بخلاف
ما اذا كانت القسمة ببينة ولابي حنيفة ان القسمة قضا على الميت اذ
التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة منها قبل القسمة
تنفذ وصاياه فيها بخلاف ما بعد القسمة واذا كان قضا على الميت والاقرار
منهم ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وقد امكن ذلك بجعل احدهم خصما عن
الميت وغيره عن انفسهم لان الوارث نايب عنه واقرار الخصم لا يمنع من قبول
البينة اذا كان في قبولها فايدة الا ترى انه لو ادعى انسان على ميت دينا
فاقر الوارث بذلك فاقام المدعي بينته تقبل بينته لانها تثبت الدين
على الميت حتى يتقدم على الورثة كلهم ويزاحم الغرما ولا كذلك اذا كان ثبوته
باقرار الوارث فانه لا يثبت الا في حقه خاصة وكذا الجواب لو كان مكان
الوارث وصي والمسئلة بحالها بخلاف المنقول لان في القسمة فيه نظرا لانه
يخشى عليه التلف وفي القسمة حفظه وجعله مضمونا على القابض فتعينت

القسمة اذا القاضي نصب نائبا لان العقار محصن بنفسه وهو غير مضمون بالقبض
عنه فلا حاجة الى القسمة لغير شهود وبخلاف العقار المشترى لان المبيع زال
عن ملك البايع قبل القسمة ولا يمكن ابقاؤه فلم تكن القسمة قضاء على الغير
على انه روي عن ابي حنيفة في غير رواية الاصول ان العقار المشترى ايضا لا يقسم
لانه محصن بنفسه فلا يخشى عليه التلف فلا حاجة فيه الى القسمة فيستوي في هذه
الرواية بين المشترى والموروث والفرق على ظاهر الرواية ما ذكرناه وهو ان
القسمة تكون قضاء على الميت في الموروث لبقاء ملكه فيه ولا يكون قضاء على
البايع لعدم ملكه فيه لانه خرج عن ملكه بالبيع **قال** ويقسم في المنقول
والعقار المشترى وفي دعوى الملك اي يقسم في المنقول الموروث والعقار
المشترى وفيما اذا ادعوا الملك ولم يذكروا كيفية انتقاله اليهم بقولهم
من غير اقامة البينة اما في المنقول الموروث والعقار المشترى فلما بينا
من المعنى والفرق واما فيما اذا ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم
فلانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم لم يعترفوا بالملك لغيرهم فيكون
مقتصرا عليهم فيجوز وهذا رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير ارض
ادعاها رجلان واقاما البينة انها في ايديهما واراد القسمة لم يقسمها
حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال ان تكون لغيرهما فقيل هو قول ابي حنيفة
وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان القسمة انما تكون اما لحق الملك تتميما
للمنفعة او لحق اليد تتميما للحفظ فالاول ممتنع لعدم الملك والثاني غير
محتاج اليه لكونها محصنة بنفسها **قال** ولو ادعوا ان العقار في ايديهم
لم يقسم حتى يبرهنوا انه لهم اي لو اقام رجلان بينة ان العقار في ايديهما
وطلبا من القاضي ان يقسمه بينهما لا يقسمه بينهما حتى يقيما البينة
ان العقار ملكهما لاحتمال ان يكون هو لغيرهما وهذا هو المذكور في الجامع
الصغير وقد بينا الوجه فيه والمص رحمه الله ذكر هذه المسئلة بعينها قبيل
هذا بقوله ودعوى الملك لان المراد فيها ان يدعوا الملك ولم يذكروا
كيف انتقل اليهم ولم يشترط فيها اقامة البينة على انه ملكهم وهو رواية
القدوري وشرطها هنا وهو رواية الجامع الصغير وكان ينبغي ان يبين
اختلاف الروايتين بان يقول في الجامع الصغير كذا وفي مختصر القدوري
كذا لان الصورتين متحدة غير ان فيهما اختلاف الروايتين كما رايت وفي مثله تبين
الروايتان ولا يذكر كل واحد على حدة لان ذلك يوهم باختلاف الصورتين على انه لا
يليق في مثل هذا المختصر ان يذكر احد الروايتين **قال** ولو برهنوا على الموت وعدد الورثة
والدار في ايديهم ومعهم وارث غايب او صبي قسم ونصب وكيل او وصي يقبض نصيبه

اي الوكيل يقبض نصيب الغايب او وصي يقبض نصيب الصبي لان في نصبه
نظرا للصغير والغايب ولا بد من اقامة البينة عند ابي حنيفة رحمه الله
لما بينا في المسئلة الاولى بل اولى لان في هذه القسمة قضاء على الغايب
والصغير وعندهما يقسم بقولهم على نحو ما ذكرنا هنا ويشهد انه قسمها باعتراف
الحاضرين فان الصغير والغايب على حجته **قال** ولو كانوا مشترين
وغاب احدهم او كان العقار في يد الوارث الغايب او حضر وارث واحد
لم يقسم اي لم يقسم المال المشترك مع غيبة بعضهم في هذه الصور كلها اما اذا
كانوا مشترين فلان الملك الثابت ملك جديد بسبب باشره ولهذا لا يرد
بالعيب على بايع بايعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغايب بخلاف الوارث لان
الملك الثابت به ملك خلافة حتى يرد بالعيب فيما اشتراه المورث ويرد عليه
فيما باعه هو ويصير مغرورا بشرا المورث فانتصب احدهما خصما عن الميت فيما
في يده والاخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين فصح القضاء
لقيام البينة على خصم حاضر وفي الشرا قامت على خصم غايب فلا يقبل ولا يقضى
عليه واما اذا كان العقار في يد الوارث الغايب فلان في القسمة قضاء على
الغايب باخراج الشي من يده من غير خصم حاضر عنه وكذا اذا كان بعضه
في يده والباقي في يد الحاضر وكذا اذا كان في يد مودعه او في يد الصغير
او شي منه لانه يكون قضاء على الغايب او على الصغير من غير خصم حاضر عنه
لان الامين او الصغير ليس بخصم ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة
وعدمها في الصحيح وفي بعض روايات المبسوط وغيره يقسم اذا اقام
الحاضر البينة على الموت وعدد الورثة لانها قامت لاثبات ولاية
القاضي في تركة الميت فيقبل ولان الورثة ينتصبون خصما عن الميت
وينتصب بعضهم خصما عن بعض وقلما يكون الورثة كلهم حضورا فلو
لم يقبل القاضي البينة لتضرروا وهو مدفوع وجوابه ما بينا واما اذا
حضر وارث واحد فلانه لا يصلح ان يكون مخاصما ومخاصما وكذا لا يصلح
مقاسما ومقاسما فلا بد من حضور شخصين على ما بينا لانه ان كان
خصما عن نفسه فليس احد بخصم عن الميت والغايب وان كان خصما عنهما
فليس احد يخاصمه عن نفسه يقيم البينة عليه فتعذر الحكم بخلاف ما اذا
كان الحاضر اثنين وعن ابي يوسف ان القاضي ينصب عن الغايب خصما
ويسمع البينة عليه ويقسم الدار وجه الظاهر ان التركة قبل القسمة
وان كانت مبقاة على حكم ملك الميت صارت ملكا للورثة من وجه حتى لو
اعتق واحد منهم عبدا من التركة قبل القسمة نفذ عتقه في نصيبه

وكان كل واحد منهم طالبا للارتفاق في نصيبه فتكون القسمة على
هذا التقدير قضاء على الغائب من غير خصم حاضر عنه ولئن جاز للقاضي
نصب الوصي من حيث انه دعوى على الميت لا يجوز له نصب الوصي من حيث
انه دعوى على شركائه الغيب فلا يجوز له نصب الوصي بالشك بخلاف
ما اذا ادعى اجنبي على الميت دينا حيث يجوز له نصب الوصي عن الميت لانه
دعوى على الميت من كل وجه وللقاضي ان ينصب الاوصياء عن الموتى لا عن
الاحياء واذا انعقد نصب الوصي والواحد لا يصلح خصما عن الميت وعن سائر
الشركاء وان يكون مدعيا ومدعى عليه تعذر قبول البينة لانها لا تقبل
من غير خصم حاضر ولو كان الحاضر صغيرا وكبيرا نصب القاضي عن الصغير
وصيا وقسم اذا اثبت البينة لان الدعوى على الصبي الحاضر صحيحة
كالكبير الحاضر الا انه عجز عن الجواب فينصب القاضي عنه وصيا ليجيب
عنه خصمه بخلاف ما اذا كان الصغير غائبا لان الدعوى عليه غير صحيحة
كالكبير الغائب وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث في الدار
وطلبا القسمة واقاما البينة على الميراث والوصية تقسم لان الموصى له
شريك في الدار فصار كواحد من الورثة فانتصب لا خصما عن نفسه
والوارث عن الميت وعن بقية الورثة فصار كما لو حضر وارثان ولو
حضر الموصى له وحده لا تسمع بينته ولا يقسم لعدم الخصم عن الميت
ذكره في الذخيرة **قال** وقسم بطلب احدهم لو انتفع كل بنصيبه لان
فيها تكميل المنفعة اذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد القسمة
فكانت القسمة حقا لهم فوجب على القاضي اجابتهم **قال** وان تضرر
الكل لم يقسم الا برضاهم وذلك مثل البئر والرحا والحائط والحمام لان
القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويته فيعود على موضوعه بالنقض
وهذا لان الطالب للقسمة متعنت ويريد ادخال الضرر على غيره
مع ذلك فلا يجيبه الحاكم اليه لانه اشتغال بما لا يفيد بل بما يضره ويجوز
بالتراضي لان الحق لهم وهم اعرف بحاجتهم ولكن القاضي لا يباشر ذلك
وان طلبوا منه لان القاضي لا يشتغل بما لا فائدة فيه ولا سيما اذا كان
فيه اضرار او اضاعة للمال لان ذلك حرام ولا يمنعهم من ذلك لان القاضي
لا يمنع من اقدم على اتلاف ماله في الحكم وهذا من جملته **قال** وان انتفع
البعض وتضرر البعض لقلة حظه قسم بطلب ذي الكثير فقط اي صاحب
الكثير كذا ذكر الخصاف رحمه الله ووجهه ان صاحب الكثير طلب من القاضي
ان يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره عن الانتفاع بملكه وهذا انه طلب

الحق

الحق والانصاف فان له ان يمنع غيره من الانتفاع بملكه فوجب على القاضي
ان يجيبه اليه لانه نصب لايصال الحقوق الى اهلها ودفع المظالم والمعتبر
ضرر الآخر لانه يريد ان ينتفع بملك غيره فلا يمكن من ذلك وان لحقه بالمنع
ضرر ولو طلب صاحب القليل مع انه لا ينتفع به لا يجيبه لانه متعنت
في طلب الضرر على نفسه لان القاضي لا يشتغل بما لا يفيد وذكر الجصاص
على عكسه لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والآخر رضي بضرر نفسه
فيجيبه وذكر الحاكم انه ايهما طلب القسمة يقسم القاضي لانه ان طلب صاحب
القليل القسمة فقد رضي بضرر نفسه وان طلبها صاحب الكثير فقد
طلب ان ينتفع بنصيبه فيجيب كل واحد منهما والاصح ما ذكره الخصاف
لان القاضي يجب عليه ايصال الحق الى مستحقه وفي طلب صاحب الكثير ذلك
ولا يلزمه ان يجيبهم الى اضرار انفسهم وفي طلب صاحب القليل ذلك
وقال ابن ابي ليلى لا يقسم بطلب البعض الا اذا كان كل واحد من الشركاء
ينتفع بنصيبه لان المقصود بالقسمة تكميل المنفعة وتحصيلها لا تفويتها
والمعتبر فيها المعتاد لهم بينهم في المنفعة واذا ادت القسمة الى الاضرار
بالبعض لم تكن مشروعة لانها تقع على ضرر فصار كما اذا كان كلهم لا
ينتفعون وكما اذا طلب صاحب القليل قلنا ان طالب القسمة يطلب
حقه وان ينتفع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه فيجب على القاضي ايصال
حقه على ما بينا والضرر الذي يلحقه بمنع الانتفاع بملك الغير لا يعد
ضررا فلا يبالى به ولا يمنع الحكم بالعدل كما في سائر المواضع لان المحكوم
عليه لا بد له من الضرر ولو كان ذلك مانعا من الحكم بالعدل لما وصل احد
الى حقه **قال** رحمه الله وتقسم العروض من جنس واحد لان اعتبار المعادلة
في المنفعة والمالية ممكن عند اتحاد الجنس لاتحاد المقصود فيه فيقع
تمييزا فيملك القاضي الاجبار عليها **قال** ولا يقسم جنسان والجواهر
والرقيق والحمام والبئر والرحا الا برضاهم اما الجنسان فلعدم الاختلاط
بينهما فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة فيعتمد التراضي دون جبر
القاضي لان اجباره عليها على اعتبار التمييز واما الجواهر فلان جهالتها
متفاحشة الا ترى انها لا تصلح عن الصغير منها عوضا عما ليس بمال كالنكاح
والخلع وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة
التفاوت وقيل اذا اختلف جنسها لا يقسم واذا اتحد يقسم كسائر الاجناس
واما الرقيق فالمذكور هنا قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يجوز
قسمة الرقيق لاتحاد الجنس والتفاوت في الجنس الواحد لا يمنع القسمة

كما في الابل والغنم ولهذا يقسم الرقيق في الغنيمة بين الغانمين ٭
وصح تسميته في النكاح مهرا ونحوه ولابي حنيفة ان التفاوت في الرقيق
فاحش لتفاحش المعاني الباطنة كالذهن والكياسة لان من العبيد من
يصلح للامانة ويعتمد على كلامه ويحسن التجارة وغيرها من الصنايع
كالكتابة ومنهم من لا يصلح لشي منها فلا يمكن جمع نصيب كل واحد منهم في واحد
لتعذر الافراز والتمييز فلا يكون قسمة وانما هي مبادلة ولا جبر عليها
بخلاف ساير الحيوانات فان الانتفاع بها لا يختلف الا يسيرا وذلك ٭
مغتفر في القسمة الا ترى ان الذكر والانثى من بني ادم جنسان مختلفان
ومن الحيوان جنس واحد فلا يجوز القياس عليه وكذا لو اشترى المضارب
عبدين وقيمة كل واحد منهما قدر راس المال لم يتبين الربح ولو كان الرقيق
كالجنس الواحد لتبين كالثوبين والفرسين وقسمة الغنايم تجري في
الاجناس فلا يلزم لان حق الغانمين تعلق بالمالية دون العين حتى كان
للامام ان يبيع الغنايم ويقسم الثمن بينهم وفي غير الغنايم ليس له ان يبيع
ملك غيره الا باذن صاحبه فامتنع القسمة فيه لانها مبادلة وهذا الخلاف
فيما اذا كان الرقيق وحدهم وليس معهم شي اخر من العروض وهم ذكور فقط
او اناث فقط واما اذا كانوا مختلطين بين الذكور والاناث لا يقسم
بالاجماع لان الذكور والاناث من بني ادم جنسان لاختلاف المقاصد
على ما عرف ولا يقسم الجنسان وان كان مع الرقيق شي اخر مما يقسم جازت
القسمة في الرقيق تبعا لغيرهم بالاجماع ويجبرهم القاضي بطلب البعض
وكم من شي يدخل تبعا وان لم يجز دخوله قصدا كبيع الشرب والطريق يدخل
في بيع الارض تبعا ولا يجوز بيعه وحده واما الحمام والبير والرحا فلما
ذكرنا من الحاق الاضرار بالكل قال ودور مشتركة او دار وضيعة او دار
وحانوت قسم كل على حدة اما الدور المشتركة فالمذكور هنا قول ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد تقسم الدور بعضها في بعض اذا كانت في مصر واحد ٭
وكانت القسمة اصلح لهم لان الدور جنس واحد نظرا الى اتحاد الاسم
والصورة واصل السكنى اجناس نظرا الى اختلاف الاغراض وتفاوت
منفعة السكنى باختلاف المحال فكان مفوضا الى راي القاضي وهذا لان
المعتبر في القسمة تكميل المنفعة والمعادلة فيها او في المالية والمقصود
دفع الضرر عن الشركا واذا قسم كل دار على حدة ربما يتضرر كل واحد منهم
لتفرق نصيبه واذا قسم الكل قسمة واحدة يجتمع نصيب كل واحد منهم
في دار واحدة وينتفع بذلك والقاضي نصب ناظرا فكان الراي اليه

ولابي

ولابي حنيفة ان الدور اجناس مختلفة لان المقصود يختلف باختلاف
المحال والجيران والقرب الى المسجد والما اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل
في القسمة فلا يجوز جمع نصيب كل واحد منهم في دار الا بالتراضي الا يرى
ان التوكيل بشرا دار لا يجوز وكذا التزوج بها كما هو الحكم في التوكيل
بشرا ثوب وفي التزوج على ثوب وهذا يوذن بان الجنس مختلف فهذا هو
الاصل لامتناع القسمة ولا يجوز الا ان يتحد الجنس فيقسم كل مكيل وموزون
ومعدود متقارب كالقمح يقسم بانفراده وكذا الشعير ولا يجمع بينهما في
القسمة الا بتراضيهم وكذا الابل والبقر والغنم يقسم كل جنس منه بانفراده
ولا يجمع لما ذكرنا وكذا الثياب الهروية والمروية وتبر الذهب والفضة
والنحاس والاواني منها يقسم كل جنس على حدة ولا يجمع بين الاجناس لما ذكرنا
واختلاف بيوت دار واحدة لا يمنع القسمة لان في قسمة كل بيت على حدة
ضررا وكذا اذا كانت في محلة او محال لما ذكرنا من الضرر والتفاوت
ايضا يسير بخلاف الدور والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة
كالدور لانه بين الدار والبيت فاخذ شبها من كل واحد منهما والدور في مصرين
لا يقسم بالاجماع فيما رواه هلال وعن محمد انها تقسم واما الدور والضيعة
او الدور والحانوت فلاختلاف الجنس ذكره الخصاف رحمه الله وقال في اجارة
الاصل ان اجارة الدار بمنافع الحانوت لا يجوز وهذا يدل على انهما جنس
واحد فيحتمل ان يكون في المسئلة روايتان او هي حرمة الربا فيها على
شبهة المجانسة قال ويصور القاسم ما يقسمه ويعزله اي يقطعه
بالقسمة عن غيره قال ويذرعه ويقوم البناء لان قدر المساحة يعرف
بالذرع والمالية بالتقويم ولا بد من معرفتهما ليمكنه التسوية في المالية
ولا بد من تقويم الارض وذرع البناء لما ذكرنا قال ويفرز كل نصيب بطريقه
وشربه لان القسمة لتكميل المنفعة وبه تتكمل لانه اذا لم يفرز يبقى لنصيب
بعضهم تعلق بنصيب الاخر فلم يحصل الانفصال من كل وجه وهذا بيان
الافضل فان لم يفرز او لم يمكن جاز قال ويلقب الانصبا بالاول
والثاني والثالث ويكتب اساميهم ويقرع فمن خرج اسمه اولا فله
السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني فالقرعة لتطييب
قلوبهم حتى لو قسم الامام بلا قرعة جاز لانه في معنى القضا فيملك الالزام
ولقب الانصبا ليتمكن من الالزام عند خروج قرعة كل واحد منهم وكيفيته
ان ينظر الى اقل الانصبا فيقدر به اجزا السهام حتى اذا كان العقار
مشتركا بين ثلاثة لاحدهم النصف وللاخر الثلث وللاخر السدس

جعلها اسداسا لانه اقل فيكون لصاحب النصف ثلاثة اسداس ولصاحب الثلث
سدسان وللثالث السدس ويلقب الانصباء من احد جانبيها بالاول ثم الذي
يليه بالثاني ثم الذي يليه بالثالث ثم يكتب اسامي الشركاء ببطاقات فيطوي
كل بطاقة ويجعلها شبه البندقة ويدخلها في طين ثم يخرجها حتى اذا انشفت
وصار مثل البندقة يدلكها ثم يجعلها في وعاء او كمه ثم يخرج واحدا بعد واحد فمن خرج
اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني الى ان ينتهي الى
الاخير فان خرج اولا في المثال الذي ذكرناه اسم صاحب النصف كان له ثلاثة
اسداس من الجانب الملقب بالاول وان خرج ثانيا كان له كذلك من الذي يلي
الاول وان خرج ثالثا كان له كذلك من الذي يلي الثاني وعلى هذا كل واحد
منهم والقياس تعليق الاستحقاق بالقرعة قمار وهو حرام لانا نقول لا يحصل
الاستحقاق بالقرعة لان الاستحقاق كان ثابتا قبله وكان للقاضي ولاية
الزام كل واحد منهم النصيب وانما صار اليه لتطييب قلوبهم وهذه ليس بقمار
وانما القمار على زعمهم انهم لا يستحقون به شيئا لم يكن لهم قبل لا مثل هذه فان
هذه مشروعة كما اخبر الله تعالى حكاية عن يونس وزكريا عليهما السلام والقمار
غير مشروع **قال** ولا يدخل في القسمة الدراهم الا برضاهم لانه لا شركة
فيها ويفوت به التعديل ايضا في القسمة لان بعضهم يصل الى عين المال المشترك
في الحال ودراهم الاخر في الذمة فيخشى عليها التوى ولان الجنسين المشتركين
لا نقسم قطعا عند عدم الاشتراك واذا كان ارض وبناء فعن ابي يوسف
انه يقسم باعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار التعديل فيه الا بالتقويم لان
تعديل البناء لا يمكن بالمساحة والساحة هي الاصل في الممسوحات ثم يرد
من وقع في نصيبه البناء او من كان نصيبه اجود دراهم على الاخر حتى يساويه
فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية
الصداق ضرورة صحة التزويج وعن محمد رحمه الله انه يرد على شريكه بمقابلة
البناء ما يساويه من العرصة فان بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية
بان لم تف العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد دراهم لان الضرورة في هذا القدر
فلا يترك الاصل وهو القسمة بالمساحة الا بالضرورة وهذا يوافق رواية
الاصل **قال** وان قسم ولاحدهم مسيل او طريق في ملك الاخر لم يشترط في القسمة
صرف عنه ان امكن والا فسخت القسمة لان المقصود من القسمة تكميل المنفعة
باختصاص كل منهم بنصيبه وقطع اسباب تعلق حق كل واحد منهم بنصيب غيره
فان امكن صرفه حصل ذلك والا لم يحصل فكانت القسمة مختلة فتتعين
الفسخ والاستيناف لنفي ضرر الاختلال بخلاف البيع حيث لا يفسخ ولا يفسد

البيع

البيع فيها اذا لم يتمكن المشتري من الاستطراق او من تسييل الماء لان المقصود من
البيع ملك العين ولا يشترط فيه الانتفاع في الحال ولا كذلك القسمة لانها
لتكميل المنفعة ولا يتصور الا بهما ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول وهو ما اذا
امكن صرفه عن الاخر بان قال هذا لك بحقوقه كان الجواب فيه مثل ما اذا لم
يقل بحقوقه فيصرف عنه لان القسمة للتمييز على ما بينا وذلك بان لا يتعلق
حق بعضهم بنصيب غيره وقد امكن تحقيقه بصرفه عنه من غير ضرر فيصرف عنه
الا اذا قال له خذ هذا بطريقه وشربه ومسيله فحينئذ لا يصرف عنه لانه
اثبت له بابلغ وجوه الاثبات بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث
يدخل فيه ما كان من الطريق والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع فيه وهو
التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني وهو ما اذا لم
يمكن صرف الطريق والمسيل عنه فيدخل عند التنصيص باعتبار انه
تكميل يدخل الطريق والمسيل لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق
والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتبار انه تكميل وفيها معنى الافراز
وذلك بانقطاع التعلق فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة
حيث يدخل فيها بدون ذكره لان كل المقصود فيها الانتفاع وهو لا يحصل
الا بدخول الحقوق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في ادخال الطريق في القسمة
بان قال بعضهم لا نقسم الطريق بقي مشتركا مثل ما كان قبل القسمة نظر
فيه الحاكم فان كان يستقيم ان يفتح كل في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق
يرفع لجماعتهم تكميلا للمنفعة وتحقيقا للافراز من كل وجه وان كان لا يستقيم
ذلك رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو
اختلفوا في مقدار عرضه يجعل على قدر عرض باب الدار وطوله الى ارتفاعه
حتى يخرج كل واحد منهم جناحا في نصيبه ان كان فوق الباب لا فيما دونه
لان باب الدار طريق متفق عليه والمختلف فيه يرد الى المتفق عليه ولان
في ذلك القدر كفاية في الدخول فكذا في السلوك فيبقى حكم في الطريق
على قدر سهامهم من الدار لان القسمة وقعت فيما وراءه ولم يقع فيه فبقي
على الشركة كما كان ولو شرطوا ان يكون الطريق في الدار على التفاوت
جاز وان كانت سهامهم في الدار متساوية لان القسمة على التفاوت
بالتراضي في غير الاموال الربوية جائزة وان كان ذلك ارضا رفع قدر ما
يمر فيه ثور لوقوع الكفاية به في المرور **قال** سفل له علو وسفل مجرد
وعلو مجرد قوم كل واحد على حدة وقسم وهذا قول محمد وعليه الفتوى
وقال ابو حنيفة وابو يوسف يقسم بالذرع لان القسمة بالذرع هي الاصل

في المزروع والكلام فيه والمعتبر للتسوية في اصل السكنى لا في المرافق ولمحمد
ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو كالبير والسرداب والاصطبل وغيره
فصارا كالجنسين فلا يمكن التعديل الا بالقيمة ثم اختلف ابو حنيفة وابو
يوسف في كيفية القسمة بالذرع فقال ابو حنيفة ذراع من اسفل بذراعين
من علو وقال ابو يوسف ذراع بذراع قيل اجاب كل واحد منهم على عادة
اهل عصره فان ابا حنيفة اجاب بنا على ما شاهد من عادة اهل الكوفة
في اختيار السفل على العلو وابو يوسف اجاب بنا على ما شاهد من عادة
اهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد
اجاب على ما شاهد من اختلاف العادة في البلدان وقيل هو اختلاف
حجة بينهم فان ابا حنيفة يقول لصاحب السفل منافع كثيرة وهي تبقى ابدا
بعد انهدام العلو والعلو لا يبقى بعد انهدام السفل فكانت منفعته
ضعف العلو ولصاحب العلو منفعة واحدة وهي منفعة السكنى وابو يوسف
يقول هما مستويان في الانتفاع فان لكل واحد من صاحب العلو والسفل
ان يفعل ما لا يضر بالاخر حتى كان لصاحب العلو ان يبني اذا لم يضر بصاحب
السفل ولصاحب السفل ان يحفر اذا لم يضر بصاحب العلو فاستويا في الانتفاع
فيستويان في القسمة ومحمد يقول العلو والسفل بنا والمعادلة في قسمة
البنا بالقيمة لانه في بعض البلدان قيمة العلو اكثر كما في مكة ومصر وفي
بعضها قيمة السفل اكثر كما في الكوفة وقيل في موضع يكثر النداوة فيه
والثلج يختار العلو وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح فيه يختار السفل
فيه وربما يختلف ذلك ايضا باختلاف الاوقات كالصيف والشتا فلا يمكن
اعتبار المعادلة فيهما الا في القيمة ثم قول محمد لا يحتاج الى التفسير وتفسير
قول ابي حنيفة ان يجعل بمقابلة شي من العلو المجرد قدر ثلثه من البيت
الكامل لان السفل عنده ضعف العلو فيقابل السفل من البيت الكامل
لان السفل منه مثل السفل من السفل المجرد فلا يتفاوتان فيبقى الثلث
من السفل المجرد يقابل العلو من البيت الكامل ويجعل بمقابلة شي من
العلو المجرد قدر نصفه من السفل المجرد لان السفل يقابل ضعفه من العلو
وتفسير قول ابي يوسف ان يجعل بمقابلة شي من السفل المجرد او من العلو
المجرد قدر نصفه من البيت الكامل فيقابل نصفه العلو ونصفه الاخر السفل
لاستوا السفل والعلو عنده ويجعل بمقابلة شي من السفل المجرد قدره
من العلو المجرد لما ذكرنا قال وتقبل شهادة القاسمين ان اختلفوا
اي اذا انكر بعض الشركا بعد القسمة استيفا نصيبه فشهد القاسمان

انه استوفي حقه يقبل شهادتهما سوا كانا من جهة القاضي او من غيره وهذا
قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله لا يقبل وهو قول ابي يوسف
اولا وبه قال الشافعي وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما لمحمد انهما شهدا على
فعل انفسهما لتصحيح تصرفهما فلا يقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره
فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا على الاستيفا والقبض وهو
فعل غيرهما لان فعلهما التمييز لا غير ولا حاجة الى الشهادة على التمييز
ولانه لا يصلح ان يكون مشهودا به لانه غير لازم وانما يلزم بالقبض والاستيفا
وهو فعل غيرهما فيقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي رحمه الله اذا اقتسما
باجر لا يقبل شهادتهما بالاجماع واليه مال بعض المشايخ لانهما يدعيان
ايفا عمل استوجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا يقبل
قلنا هما لا يجران بهذه الشهادة الى انفسهما مغنما لان الخصوم توافقوا
على ايفائهما العمل المستاجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفا
فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لان شهادة الفرد غير مقبولة
على الغير ولو امر القاضي امينه بدفع المال الى اخر يقبل قول الامين في دفع
الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الاخر اذا كان منكرا قال ولو ادعى
احدهم ان من نصيبه شيا في يد صاحبه وقد اقر بالاستيفا لم يصدق الا ببينة
لان القسمة من العقود اللازمة والمدعي للغلط يدعي حق الفسخ لنفسه
بعد تمامها فلا يقبل الا بحجة وان لم يقم بينة استحلف الشركا لانهم لو اقروا
بذلك لزمهم فاذا انكروه حلفوا عليه ومن حلف منهم لم يكن له عليه سبيل
ومن نكل عن اليمين جمع نصيبه مع نصيب المدعي فيقسم على قدر حقهما لان نكوله
حجة عليه كاقراره ولا يكون حجة على غيره قالوا وينبغي ان لا تقبل دعواه
اصلا لانه متناقض واليه اشار من بعد حيث شرط للتحالف ان لا يشهد
على نفسه بالاستيفا ويشير بذلك الى انه لو شهد على نفسه بالاستيفا لا يتحالفان
لان دعواه لم تصح للتناقض فاذا امتنع التحالف لعدم صحة الدعوى للتناقض
فكذا هنا لانه قد اشهد على نفسه بالاستيفا فوجب ان لا تقبل دعواه ٥
قال وان قال استوفيت واخذت بعضه صدق خصمه بحلفه اي لو قال
استوفيت حقي واخذت بعضه كان القول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه
الغصب وهو منكر فالقول قول المنكر قال وان لم يقر بالاستيفا وادعى
ان ذا اخذه ولم يسلم اليه وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في
ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في المبيع والثمن قال رحمه
الله ولو ظهر غبن فاحش في القسمة تفسخ وهذا اذا كانت القسمة بقضا



القاضي فظاهر لأن تصرفه مقيد بالعدالة والنظر وأما إذا كانت بالتراضي فقد
قيل لا يلتفت إلى قول من يدعيه لأنه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع
فكذا في القسمة لوجود التراضي وقيل ينبغي أن يصح ذكره في الكافي وقال
أبو جعفر يجوز أن يقال لا تسمع هذه الدعوى لأن القسمة بمعنى البيع فلا ينتقض
لظهور الغبن الفاحش فيها كما في البيع وإذا وقعت بالقضاء يجب نقضها
بالغبن الفاحش لأنه حصل بغير رضا المالك فصار كبيع الأب والوصي ينتقض
بالغبن الفاحش ويجوز أن يقال تسمع هذه الدعوى لأن القيمة معتبرة في باب
القسمة لتقع القسمة على سبيل المعادلة لأن التعديل يكون من حيث القيمة
في الأشياء المتفاوتة فإذا ظهر غبن فاحش في القيمة فقد فات شرط جواز
القسمة وهو المعادلة فيجب نقضها بخلاف البيع لأنه غير مبني على المعادلة في
القيمة ولو اقتسما دارا وأصاب كل واحد منهما طائفة فادعى أحدهما بيتا في
يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه إقامة البينة وإن أقاما
البينة فالاعتبار لبينة المدعي لأنه خارج وإن كان قبل الإشهاد على القبض
تحالفا وتفسخ القسمة وكذا لو اختلفا في الحدود وأقاما البينة يقضى لكل
واحد منهما بالجزء الذي هو في يد صاحبه لأنه خارج فيه وبينة الخارج أولى وإن أقام
أحدهما بينته قضي له به وإن لم يقم لواحد منهما بينة تحالفا وترادا كما في البيع والله
أعلم **قال** ولو استحق بعض شائع من حظه رجع بقسطه في حظ شريكه ولا
تفسخ القسمة وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف تفسخ القسمة هكذا
ذكر الاختلاف في الجزء الشائع في الأسرار وغيره وذكر القدوري الاختلاف
في استحقاق بعض نصيب أحدهما بعينه والصحيح أن الاختلاف في الشائع
وفي استحقاق بعض معين لا تفسخ بالإجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ
بالإجماع فهذه ثلاثة أوجه ومحمد مع أبي حنيفة فيما حكاه أبو حفص ومع أبي يوسف
فيما حكاه أبو سليمان والأول أصح لأبي يوسف أنه بالاستحقاق ظهر شريك آخر
في القسمة بدونه لا تصح فصار كما إذا استحق بعض شائع في الكل تحقيقه أن
استحقاق جزء شائع ينعدم به معنى القسمة وهو الإفراز ألا ترى أنه يوجب
الرجوع بحصته في نصيب غيره شائعا كاستحقاق الكل شائعا بخلاف المعين
لأن ما وراء المستحق بقي مفرزا على حاله ليس للغير فيه حق ولهما أن المقصود
بالقسمة التمييز والإفراز ولا ينعدم باستحقاق جزء شائع من نصيب الواحد
ولهذا جازت القسمة في الابتداء على هذا الوجه بأن كان النصف المقدم
مشتركا بين ثلاثة نفر والنصف المؤخر بين اثنين منهم فاقتسم الاثنان على
أن لأحدهما ما لهما من المقدم وللآخر المؤخر واقتسماه على أن لأحدهما الثلثا

من

من المقدم ونصف المؤخر مفرزا يجوز فكذا هذا وصار كاستحقاق شيء بعينه بخلاف
استحقاق الشائع في الكل لأن معنى الإفراز والتمييز لم يتحقق مع بقاء نصيب
المستحق في الكل ولهذا لا يجوز القسمة ابتداء على هذا الوجه فكذا بقاء
لأنها لو بقيت لتضرر المستحق بتفرق نصيبه في الأنصباء ولا ضرر ههنا بالمستحق
لوضع الفرق فإذا لم تبطل القسمة يرجع بحسابه على شريكه لأنه لو استحق نصيب
أحدهم كله يرجع به على الشركاء فكذا إذا استحق البعض اعتبارا للجزء بالكل
وله أن ينقض القسمة إن شاء دفعا لعيب التشقيص لأنه إذا رجع على الشركاء
بحسابه يتفرق نصيبه فيتضرر به ولو باع بعضهم بعض نصيبه شائعا ثم استحق
بعض ما بقي شائعا كان له أن يرجع على الشركاء بحسابه ويسقط خيار الفسخ ببيع
البعض وعند أبي يوسف يرجع على ما في أيديهم بحسابه ويضمن حصتهم ما باع لأن
القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالفاسد مملوك فينفذ بيعه وهو
مضمون بالقيمة فيضمن لهم ولو اقتسم الورثة التركة ثم ظهر فيها دين محيط
قيل للورثة اقضوا دين الميت فإن قضوه صحت القسمة وإلا فسخت لأن الدين
مقدم على الإرث فيمنع وقوع الملك لهم فيها إلا إذا قضوا الدين أو أبرأ الغرماء
فحينئذ تصح قسمتهم لزوال المانع ولو كان الدين غير مستغرق فكذلك الجواب
لتعلق حق الغرماء بالتركة إلا إذا أبقوا من التركة ما يفي بالدين فحينئذ لا تفسخ
القسمة لعدم الحاجة ولو ادعى أحد المتقاسمين للتركة دينا في التركة صح
دعواه لأنه لا تناقض إذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة
ولو ادعى عينا بأي سبب كان لم يسمع دعواه إذ الإقدام على القسمة اعتراف
منه بأن المقسوم مشترك **قال** ولو تهايآ في سكنى دار أو دارين أو خدمة
عبد أو عبدين أو غلة دار أو دارين صح التهايؤ اعلم أن المهايأة مشتقة
من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشيء والتهايؤ تفاعل منها وهو أن يتواضعوا
على أمر فيتراضوا به وحقيقته أن كلا منهم يرضى بهيئة واحدة ويختارها وهي
في الشرع عبارة عن قسمة المنافع وهي جائزة فيما ذكره الشيخ استحسانا والقياس
أن لا تجوز لأنها مبادلة المنفعة بجنسها لأن كل واحد من الشريكين ينتفع في نوبته
بملك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته ولكن ترك ذلك بالكتاب
والسنة وإجماع الأمة أما الكتاب فقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم
وهذا هو المهايأة وأما السنة فما روي أنه عليه السلام قسم في غزوة بدر
كل بعير بين ثلاثة نفر وكانوا يتهايؤون في الركوب وما روي أن الرجل الذي
خطب تلك المرأة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلم أنه ليس له
صداق إلا نصف إزاره فقال له عليه الصلاة والسلام ما تصنع بإزارك

ان لبسته لم يكن قلبها منه شيء وان لبسته لم يكن عليك منه شيء اي بطريق المهاياة ∘
وهذا هو تفسير المهاياة وعلى جوازها اجماع الامة ولان المهاياة قسمة المنافع
يصار اليها لتكميل استيفاء المنفعة لتعذر الاجتماع على عين واحدة في الانتفاع
بها فكانت المهاياة جمعا للمنافع في زمان واحد كالقسمة جمع النصيب الشائع ∘
في مكان معين فجرت المهاياة في المنافع مجرى القسمة في الاعيان ولو لم تجز المهاياة
لادى الى تعطيل الاعيان التي لا يمكن قسمتها وانه قبيح لان الاعيان خلقت
للانتفاع بها وهو ينافيه فتجوز ضرورة كقسمة الاعيان فيجري جبر القاضي فيها
كما يجري في قسمة الاعيان الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع ∘
المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين
القسمة والآخر المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت المهاياة
فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لانه ابلغ
ولا تبطل المهاياة بموت احدهما ولا بموتهما لانها لو بطلت لاستانفها ∘
الحاكم ولا فائدة في الاستيناف ثم لو تهايئا في دار واحدة على ان يسكن احدهما
بعضها والآخر البعض او احدهما العلو والآخر السفل جازت لان القسمة
على هذا الوجه جائزة فكذا المهاياة والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع
الانصباء لا مبادلة لانه لو كان مبادلة لما صح لانها لا تجوز في الجنس الواحد ∘
لشبهة الربا وقيل هو افراز من وجه عارية من وجه وانما قيل ذلك خشية
الربا وكلا القولين مشكل لان كل واحد منهما يترك ما له من المنفعة فيما اخذ
صاحبه بعوض وهو الانتفاع بنصيب صاحبه فكيف يتصور ان يكون افرازا
للكل او عارية في البعض والعارية ليست لازمة والمهاياة لازمة وقيل
هو افراز من وجه مبادلة من وجه كقسمة الاعيان والاوجه انها افراز
من كل وجه في المهاياة في المكان ولهذا لا يشترط فيها التاقيت وجاز
لكل منهم ان يستغل ما اصابه بالمهاياة على الظاهر شرط ذلك في العقد
او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه ولا كذلك العارية والاجارة وفي
المهاياة في الزمان افراز من كل وجه ويجعل كالمستقرض لنصيب شريكه
وكان مبادلة من وجه وانما قلنا ذلك لان معنى الافراز يتحقق في المهاياة
في المكان دون الزمان وكذا لو تهايئا في الزمان في عبد واحد جاز لانها
متعينة فيه لتعذر التهايؤ في المكان والبيت الصغير كالعبد ولو اختلفا
في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يامرهما القاضي بالاتفاق
لان التهايؤ في المكان اعدل لاستوائهما في زمان الانتفاع وليس فيه تقدم
احدهما على الآخر وكان اعدل وفي الزمان اكمل لان كل واحد ينتفع في ∘

نوبته

نوبته بجميع الدار فكان اكمل فلما اختلفت الجهة فلا بد من الاتفاق فان ∘
اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية بينهما تطييبا لقلوبهما ونفيا
للتهمة عن نفسه ولو تهايئا في عبدين على الخدمة جاز اما عندهما فظاهر
لان قسمة الرقيق جائزة عندهما فكذا المنفعة واما عند ابي حنيفة فروي
عنه انه لا يجوز الا بالتراضي لان قسمة الرقيق لا يجري فيها الجبر عنده فكذا ∘
منفعته والاصح ان القاضي يهايئ بينهما جبرا بطلب احدهما لان المنافع من
حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا
فاحشا على ما بينا ولو تهايئا فيهما على ان نفقة كل عبد على من يأخذه جاز
استحسانا لان العادة جرت بالمسامحة في طعام المماليك فلا تفضي الجهالة
الى النزاع ونظيره استيجار الظئر بطعامها وكسوتها لان الجهالة فيها
لا تفضي الى المنازعة لجريان العادة بالمسامحة لاجل الولد بخلاف كسوة
المماليك لانه لا تسامح فيها عادة ولو تهايئا في دارين على ان يسكن كل
واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه وهذا عندهما ظاهر لان الدارين
عندهما كدار واحدة حتى يجري الجبر على قسمتها وكذا عنده لان المنافع
فيهما لا تتفاوت فيجوز ويجبر الآبي منهما ويعتبر افرازا كالاعيان المتقاربة
بخلاف القسمة لان التفاوت في اعيانهما فاحش فالتحقت بالاجناس
المختلفة وصارت مبادلة وقيل عنده يجوز بالتراضي ولا يجبر اعتبارا
بالقسمة وعنه انه لا يجوز التهايؤ فيه اصلا لا بالجبر ولا بالتراضي لانه
يصير بيع المنافع بالمنافع من جنسه نسيئة وذلك لا يجوز على ما مر في الاجارة
بخلاف قسمة رقبتهما حيث يجوز بالتراضي لان بيع احديهما بالاخرى جائز
وفي الظاهر ان قوله كذا في الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب
عند ابي حنيفة وعندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان ولابي حنيفة ان
الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واخرق والتهايؤ
في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد والعبدين
لانه يخدم باختياره فلا يتحمل الزيادة على طاقته والدابة تحملها واما
التهايؤ في الغلة فنذكره من قريب ان شاء الله تعالى **قال** وفي غلة
عبد او عبدين او بغل او بغلين او ركوب بغل او بغلين او ثمرة شجرة او لبن
غنم لا اي لا يجوز في هذه الاشياء التهايؤ اما التهايؤ في غلة عبد واحد او
بغل واحد فلان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والظاهر التغير
في الحيوان فتفوت المعادلة بخلاف التهايؤ في استغلال دار واحدة
حيث يجوز في ظاهر الرواية لان الظاهر عدم التغير في العقار فافترقا

ولو زاد غلة الدار الواحدة في نوبة احدهما على الغلة في نوبة الآخر يشتركان في
الزيادة تحقيقا للتعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ في المنافع فاستغل
احدهما في نوبته زيادة لان التهايؤ وقع في المنافع هناك فيجب مراعاة
المعادلة فيها وبالتفاوت في الغلة لا يتبين فوت المعادلة في المنافع فان
السكنيين قد يستويان ثم يختلفان في البدل عند العقد وبخلاف ما لو تهايآ
على الاستغلال في الدارين لاتحاد زمان الاستيفاء فان كل واحد منهما يصل
الى الغلة في الوقت الذي يصل اليها صاحبه وفي الدار الواحدة يتعاقب
الوصول فاعتبر قرضا كانه اقرض نصيبه من غلة هذا الشهر على ان يستوفي
من نصيبه في الشهر الثاني ويجعل كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في ايجار
نصيب صاحبه فاذا استوفى قدر القرض كان الباقي مشتركا بينهما واما
التهايؤ في استغلال عبدين او بغلين فالمذكور هنا قول ابي حنيفة وعندهما
يجوز لان المعادلة يمكن بينهما لاتحاد فيهما وكذا يجوز قسمة رقبتهما عندهما
فكذا منافعهما وبدلها فصار كالدارين بخلاف التهايؤ في غلة عبد واحد
حيث لا يجوز لانه لا يتأتى الا في زمانين فيتوهم تغيره بل هو الظاهر في الاستغلال
لان العادة جرت بالاستقصاء فيه فيتغير من التعب بخلاف التهايؤ في
خدمة عبد واحد حيث يجوز بالاجماع لما ذكرنا ولان الخدمة يجري فيها التسامح
عادة فلا يلحقه تعب كما يلحقه في الاستغلال فلا يتغير ولابي حنيفة
ان التهايؤ في الخدمة جوز للضرورة لعدم امكان قسمتها ولا ضرورة في الغلة
لانه يمكن قسمتها لان الغلة عين مال ولانه يتغير بالاستغلال كما ذكرنا في
العبد الواحد فيحصل التفاوت بخلاف الدارين لان الظاهر عدم التغير
في العقار ولان التهايؤ في الاستغلال يمتنع عند اختلاف الزمان بان وقع
متعاقبا في عبد واحد فلان يمتنع عند اختلاف المحل اولى وجملة الامر
ان مسائل التهايؤ اثنتا عشرة مسئلة ففي استخدام عبد واحد جائز
بالاتفاق وكذا في استخدام العبدين على الاصح وكذا التهايؤ في استغلال
عبد واحد لا يجوز بالاتفاق وفي العبدين على الخلاف والتهايؤ في سكنى
دار واحدة يجوز بالاتفاق وكذا في غلتها وكذا في سكنى دارين وفي غلتهما
خلاف والاظهر انه يجوز بالاتفاق وركوب بغل او بغلين على الخلاف ولا
يجوز في استغلال بغل واحد بالاتفاق وفي بغلين على الخلاف واما التهايؤ
في ثمرة شجرة او لبن غنم فلانها اعيان باقية يرد عليها القسمة عند حصولها
فلا حاجة الى التهايؤ لان التهايؤ في المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر
قسمتها بخلاف لبن ابن آدم حيث يجوز التهايؤ فيه حتى لو كانت جاريتان

مشتركان بين اثنين فتهايآ ان ترضع احداهما ولد احدهما والاخرى ولد الآخر
جاز لان لبن ابن آدم لا قيمة له يجري مجرى المنافع والحيلة في الثمار ونحوه
ان يشتري نصيب شريكه ثم يبيع كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن المقدر
بطريق القرض في نصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز والله تعالى اعلم

كتاب المزارعة

وهي مفاعلة من الزراعة في اللغة قال هي عقد على الزرع ببعض
الخارج وهذا في الشريعة قال وتصح بشرط صلاحية الارض للزراعة
واهلية العاقدين وبيان المدة ورب البذر وجنسه وحظ الآخر والتخلية
بين الارض والعامل والشركة في الخارج وان يكون الارض والبذر لواحد والعمل
والبقر لآخر او تكون الارض لواحد والباقي لآخر او يكون العمل من واحد والباقي
لآخر وهذا على قول ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة لا تجوز المزارعة لما روي
انه عليه السلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانها عقد
شركة بمال من احد الشريكين وعمل من الآخر فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع
دفع الحاجة فان صاحب المال قد لا يهتدي الى العمل والمهتدي اليه قد لا يجد
المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج
ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه لا اثر للعمل فيها في حصول الزيادة
فلم يتحقق الشركة مع انه ليس فيها عرف وفي المزارعة عمل الصحابة والتابعين
والصالحين من بعدهم الى يومنا هذا بلا نكير ولابي حنيفة ما روي انه عليه
السلام نهى عن المخابرة فقيل ما المخابرة قال المزارعة بالثلث والربع ولانه
استيجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول
او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم اهل خيبر كان
خراج مقاسمة بطريق المن عليهم والصلح وهو جائز لان الخراج نوعان خراج
وظيفة وهو ان يوظف الامام عليهم كل سنة ويضع عليهم ما تطيق اراضيهم
والثاني خراج مقاسمة وهو ان يشترط عليهم بعض ما يخرج كالنصف والثلث
ونحو ذلك خراجا بيانه والدليل على ذلك انه عليه السلام لم يبين لهم المدة
ولو كانت مزارعة لبينها لهم لان المزارعة لا تجوز عند من يجيزها الا ببيان
المدة على ما نبين والدليل عليه ايضا ما روي عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه
وسلم لما ظهر على خيبر سألته اليهود ان يقرهم بها على ان يكفوه عملها ولهم نصف الثمرة
فقال نقركم بها على ذلك ما شئنا رواه البخاري ومسلم واحمد وهذا صريح
بانها كانت خراج مقاسمة وانهم كانوا ذمة للمسلمين والذمي اذا اقر على ارضه
بقيت على ملكه وما يؤخذ من اراضيه خراج ولفظ البخاري اعطى خيبر اليهود

ان يعملوها او يزرعوها ولم يشترطوا ما يخرج منها والاعتبار بالمضاربة لا يجوز لان
معنى الشركة فيها اغلب حتى صحت بدون ضرب المدة ولا تنعقد لازمة اصلا
فيكون الربح متولدا من العمل والمال جميعا وعقد الشركة قد ينعقد على العمل
خاصة كما في شركة الاعمال فاطلق اذا انضم اليه المال ولا كذلك المزارعة
لانها اجارة حتى يشترط لها ضرب المدة وتنعقد لازمة وانما كانت لصاحب
البذر ان يفسخ للعذر والاجارة تفسخ بالاعذار الا ترى انه ليس له ان يفسخ
بعد ما بذر في الارض فامتنع القياس عليها والحيلة للجواز عنده ان يستاجر
العامل باجر معلوم الى مدة معلومة فاذا مضت المدة يعطيه بعض الخارج عما
وجب له من الاجر في ذمة صاحب البذر فيجوز ذلك بتراضيهما كما في سائر الديون
اذا اعطاه خلاف جنسه ثم اذا فسدت المزارعة عنده يجب على صاحب البذر
اجر المثل للعامل او للارض والغلة له لانها نماء ملكه وقالوا الفتوى على
قولهما لحاجة الناس اليها ولتعاملهم والقياس قد يترك بالتعامل والضرورة
كما في الاستصناع ثم شرط في المختصر لجوازها عند من يجيزها ان تكون الارض صالحة
للزراعة لان المقصود لا يحصل بدونه وان يكون رب الارض والمزارع من اهل
العقد لان العقد لا يصح الا من الاهل وان يبين المدة لانها عقد على منافع
الارض او العامل وهي تعرف بالمدة ويشترط ان تكون المدة قدر ما يتمكن فيها من
الزراعة او اكثر والا يكون قدر ما لا يعيش الى مثلها او مثل احدهما غالبا وعند
محمد بن سلمة لا يشترط بيان المدة ويقع على سنة واحدة وان يبين من عليه البذر
لان المعقود عليه وهو منافع العامل او منافع الارض لا تعرف الا ببيان من عليه
البذر لانه المستاجر فبيانه يعرف ما وقع عليه عقد الاجارة من منافع الارض
او منافع العامل وان يبين جنس البذر لان الاجر منه فلا بد من بيان جنس
الاجر وان يبين نصيب من لا بذر من جهته وهو المراد بقوله وحظ الاجر لانه
اجر عمله او ارضه فلا بد ان يكون معلوما وان يخلي بين الارض والعامل
لانه بذلك يتمكن من العمل فصار نظير المضاربة لا تصح حتى يسلم المال اليه
حتى اذا شرط في العقد ما يفوت به التخلية وهو عمل رب الارض مع العامل لا
يصح وان يكون الخارج مشتركا بينهما لانه هو المقصود بها فتنعقد اجارة في
الابتداء وتتم شركة في الانتهاء ولهذا لو شرط لاحدهما قفزانا مسماة تفسد
لانه يؤدي الى قطع الشركة في البعض المستثنى او في الكل اذا لم يخرج الارض
اكثر من ذلك وكذا اذا شرط ان يرفع قدر بذره لما ذكرنا بخلاف ما اذا اشترط
ان يرفع عشر الخارج او ثلثه والباقي بينهما لانه يؤدي الى قطع الشركة وهو
يصلح ان يكون حيلة للوصول الى دفع البذر وان تكون الارض والبذر لواحد

والعمل

والعمل والبقر لآخر او تكون الارض لواحد والباقي لآخر او يكون العمل لواحد
والباقي لآخر او يكون العمل لواحد والباقي لآخر وهذه الجملة من جملة شروطها
وانما كان كذلك لان من جوزها انما جوزها على انها اجارة ففي الصورة
الاولى يكون صاحب البذر والارض مستاجرا للعامل والبقر تبع له لاتحاد
منفعتهما لان البقر آلة له فصار كمن استاجر خياطا ليخيط له بابرته او صباغا
ليصبغ له ثوبا بصبغ من عنده والاجر يقابل عمله دون الآلة فيجوز والاصل
فيها ان صاحب البذر هو المستاجر فيخرج المسائل على هذا كما رايت وفي الصورة
الثانية يكون صاحب البذر مستاجرا للارض باجر معلوم من الخارج فيجوز
كما اذا استاجرها بدراهم في الذمة وفي الصورة الثالثة يكون صاحب
البذر مستاجرا للعامل وحده بلا بقر باجرة معلومة من الخارج فيجوز كما اذا
استاجر خياطا ليخيط له قميصا بابرة من عند صاحب الثوب او طيانا ليطين
له بمر من المستاجر قال فان كانت الارض والبقر لواحد والعمل والبذر
لآخر او كان البذر لاحدهما والباقي لآخر او كان البذر والبقر لواحد والباقي
لآخر او شرطا لاحدهما قفزانا مسماة او ما على الماذيانات والسواقي او ان
يرفع رب البذر بذره او ان يرفع الخراج والباقي بينهما فسدت فيكون الخارج
لرب البذر وللآخر اجر مثل عمله او ارضه ولم يزد على ما شرط والشيخ رحمه
الله لما بين شروط جواز المزارعة بين ايضا الشروط المفسدة لها وبين ان
الخارج في الفاسدة منها لصاحب البذر لانه نماء ملكه وان للآخر اجر المثل
ولا يزاد على المسمى لان صاحب البذر هو المستاجر والآخر هو الاجير على ما بينا
والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يزاد على المسمى على ما عرف وعند
محمد بالغة ما بلغت وقيل الخارج لصاحب الارض ويصير مستقرضا للبذر
وقابضا له باتصاله بارضه والاول اصح ثم قيل ان كان البذر لصاحب الارض
طاب له الفضل وان لم يكن له لا يطيب له فيتصدق بما زاد على البذر
واجر الارض وهذه الجملة التي عددناها مفسدة للاجارة اما الاول
وهو ما اذا كانت الارض والبقر لواحد والعمل والبذر لآخر فلان صاحب
البذر استاجر الارض واشتراط البقر على صاحب الارض مفسد للاجارة
لان البقر لا يمكن ان يجعل تبعا للارض لان منفعة البقر ليست من جنس
منفعة الارض لان منفعتها الانبات ومنفعة البقر الشق وبينهما اختلاف
وشرط التبعية الاتحاد فصار شرطا مفسدا بخلاف ما اذا كان البقر
مع العامل حيث يجوز لان البقر امكن جعله تابعا لاتحاد منفعتهما لان
منفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كابرة الخياط وعن ابي يوسف انه

يجوز للتعامل وفي القياس يترك به والظاهر الاول واما الثاني وهو ما اذا
كان البذر لواحد والباقي لآخر وهو العمل والبقر والارض فلان العامل
اجير فلا يمكن ان يجعل الارض تبعا له لاختلاف منفعتهما فصار نظير
البقر والارض من واحد والباقي من الآخر وهي المسئلة الاولى وعن ابي يوسف
انه يجوز للتعامل واما الثالث وهو ما اذا كان البذر والبقر لواحد والباقي
لآخر وهو العمل والارض فلما ذكرنا ان الارض لا يمكن جعلها تبعا للعمل
لاختلاف المنافع فتفسد المزارعة وهنا وجه آخر لم يذكره في الكتاب وهو
ان تكون البقر من واحد والباقي من آخر قالوا هذا فاسد وينبغي ان يجوز بالقياس
على العامل وحده او على الارض وحدها فانه يجوز ان تستوجر البقر كما يجوز ان
يستاجر العامل او الارض والجواب عنه ان القياس لا يجوز المزارعة لما فيها
من الاستيجار ببعض الخارج وهو لا يجوز وانما تركناه ذلك بالاثر والاثر ورد في
استيجار العامل او الارض فبقي ما وراءه على الاصل اذا استاجر شيئا باجرة
غير مشار اليه ولا في الذمة لا يجوز وقد ورد ذلك في استيجار الارض او العامل
في المزارعة فيقتصر عليه واما اذا شرط لاحدهما قفزانا مسماة او ما على
الماذيانات والسواقي او ان يرفع رب البذر بذره او ان يرفع الخراج فلما
بينا انه يؤدي الى قطع الشركة في البعض المعين او في الكل وشرط صحتها ان
يكون الخارج كله مشتركا بينهما والمراد بالخراج هنا هو الموظف بان كان الموضوع
على الارض دراهم مسماة او قفزانا مسماة او منهما واما اذا كان الخراج
خراج مقاسمة بان كان الموضوع عليها نصف الخارج او ثلثه او نحوه للخراج الجزء
الشائع فلا يفسد اشتراط رفعه لانه لا يؤدي الى قطع الشركة وقد ذكرناه
من قبل وهو الحيلة لدفع قدر بذره على ما بينا وكذا اذا شرط لاحدهما التبن
وللآخر الحب لانه يحتمل ان يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن
وكذا اذا شرطا التبن نصفين والحب لاحدهما لانه يؤدي الى قطع الشركة
فيما هو المقصود وهو الحب ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا لذكر
التبن صحت لاشتراطهما فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر
لانه نماء ملكه وفي حقه لا يحتاج الى الشرط كنصيب رب المال في المضاربة
وقال مشايخ بلخ التبن بينهما اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان
ولانه تبع للحب فالتبع يعطى له حكمه ولو شرطا الحب نصفين والتبن لرب
البذر صحت لانه شرط لا يخالف موجب العقد لانه ثابت على حكم ملكه ولو شرطا
التبن للعامل فسدت لانه شرط مخالف لمقتضى العقد فربما يؤدي الى قطع
الشركة بان يصيبه آفة ولا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن قال

وان

وان صحت فالخارج على الشرط لصحة الالتزام قال وان لم يخرج شيء فلا
شيء للعامل لانها اما اجارة او شركة فان كانت اجارة فالواجب في العقد
الصحيح منها المسمى وهو معدوم فلا يستحق غيره وان كانت شركة فالشركة
في الخارج دون غيره فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت المزارعة ولم يخرج
الارض شيئا حيث يستحق اجر المثل في الذمة وعدم الخروج لا يمنع من وجوبه
في الذمة قال ومن ابى عن المضي اجبر الا رب البذر لانها انعقدت اجارة
والاجارة عقد لازم غير انها تفسخ بالعذر فان امتنع صاحب البذر عن المضي
فيما كان معقودا لانه لا يمكنه المضي الا باتلاف ماله وهو القاء البذر على
الارض ولا يدري هل يخرج ام لا فصار نظير ما لو استاجر ليهدم داره ثم امتنع
واذا امتنع العامل اجبر على العمل لانه لا يلحقه به ضرر فلا يفسخ من غير عذر
ثم اذا امتنع رب البذر والارض من قبله بعد ما كرب المزارع الارض فلا شيء له
في عمل الكراب في القضاء لان عمله انما يتقوم بالعقد وقد قومه بجزء من الخارج
فلا خارج ويلزمه فيما بينه وبين الله تعالى ان يعطيه اجر مثل عمله كيلا
يكون مغرورا من جهته لانه يتضرر به وهو مدفوع فيفتى بارضائه بان يوفيه
اجر مثله قال وتبطل بموت احدهما لانها اجارة وهي تبطل بموت احد
المتعاقدين اذا عقدا لانفسهما وقد بيناه في الاجارة وهذا على الاطلاق
هو جواب القياس وفي الاستحسان اذا مات احدهما وقد نبت الزرع بقي عقد
الاجارة حتى يستحصد ذلك الزرع ثم يبطل في الباقي لان في ابقاء العقد حتى
يستحصد مراعاة الحقين فيعمل العامل او ورثته على حاله فاذا حصد اقتسما
على ما شرطا ولا ضرورة في الباقي فيبطل ولو مات رب الارض قبل الزراعة
بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس في ذلك ابطال
مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة العمل لانه تقوم بالخارج ولا
خارج فلا يجب شيء بخلاف المسئلة الاولى حيث يفتى بارضائه لانه كان مغرورا
من جهته بالامتناع باختياره ولم يوجد ذلك هنا لان الموت يأتي بدون
اختياره واذا كان على رب الارض دين كثير ولم يقدر على قضائه الا ببيع الارض
فسخت المزارعة قبل الزراعة وبيعت بالدين لانها تفسخ بالاعذار على ما
بينا وهذا عذر وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء
لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد وتقومها وقع بالخارج فاذا انعدم الخارج
لم يجب شيء ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض بالدين حتى يستحصد
الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتاخير اهون من الابطال ويخرجه
القاضي من الحبس ان كان حبسه به لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو متماطلا

فلم يكن ظالما والحبس جزاء الظلم بالمماطلة وكذلك لو زرع الارض ولم
تنبت بعد في رواية لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين مال قائم لان
التبذير استهلاك ولهذا لو امتنع صاحب البذر عن المزارعة كان عذرا
لانه امتناع عن استهلاك فصار المزروع مستهلكا والمستهلك ليس بمال
فاذا لم يكن له عين فيما يباع في الحال في الدين لا تباع قبل الزراعة في
الحال وقيل لا تباع حتى يستحصد كما لا يباع بعد النبات حتى يستحصد لان
التبذير ليس باستهلاك وانما هو استنماء الا ترى ان الاب والوصي يملكان
زراعة مال الصغير ولو كان استهلاكا لما ملكاه فكان البذر فيها عين
مال فلا تباع كما لا يباع بعد النبات قال فان مضت المدة والزرع
لم يدرك فعلى المزارع اجر مثل ارضه حتى يدرك اي يجب على العامل اجر مثل
ارض الآجر الى ان يستحصد الزرع لان العقد قد انتهى بمضي المدة الا ان
في قلعه ضررا فبقيناه باجر المثل الى ان يستحصد فيجب على غير صاحب
الارض بحصته من الاجر لانه استوفى منفعة الارض بقدره بخلاف ما اذا
مات احدهما قبل ادراك الزرع حيث يترك الى ان يستحصد ولا يجب على
المزارع شيء لانا ابقينا عقد الاجارة هناك استحسانا لبقاء مدة الاجارة
فامكن استبقاؤه الى العامل او وارثه على ما كان من العمل اما هنا فلا يمكن لانقضاء
المدة فتعين ايجاب اجر المثل بالابقاء وكان العمل ونفقة الزرع ومؤنة
الحفظ وكري الانهار عليهما لانها كانت على العامل لبقاء العقد لانه
مستاجر في المدة فاذا مضت المدة انتهى العقد فيجب عليهما مؤنته على
قدر ملكهما لانه مال مشترك بينهما بخلاف ما اذا مات احدهما قبل الادراك
حيث يكون الكل على العامل لبقاء العقد على ما بينا وان انفق احدهما
على الزرع بغير اذن القاضي وبغير اذن صاحبه فهو متطوع لانه لا ولاية له
عليه وهو غير مضطر الى ذلك لانه يمكنه ان ينفق بامر القاضي فصار نظير
ترميم الدار المشتركة ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا ليس له
ذلك لما فيه من الاضرار بالآخر ولو اراد المزارع ان ياخذه بقلا قيل
لصاحب الارض اقلع الزرع ان شئت فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه
او انفق انت على الزرع فارجع عليه بما انفقت دفعا للضرر عنه ولو مات
المزارع قبل ادراك الزرع فلورثته ان يعملوا مكانه نظرا لهم ولا اجر لهم
لانا ابقينا العقد نظرا لهم فقاموا مقامه وهو لا يستحق الاجر في المدة
فكذا هم وان ارادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لانا ابقينا العقد
نظرا لهم واذا تركوا النظر لانفسهم كان لهم ذلك وكان للآخر الخيارات

الثلاثة

الثلاثة نظرا له على ما بينا قال ونفقة الزرع عليهما بقدر حقوقهما كاجر
الحصاد والرفاع والدياسة والتذرية اي يجب عليهما نفقة الزرع على
قدر ملكهما بعد انقضاء مدة المزارعة كما يجب عليهما اجر الحصاد والرفاع
والدياسة مطلقا من غير تقييد بانقضاء مدة المزارعة اما نفقة الزرع
بعد انقضاء المدة فلما ذكرنا واما وجوب الحصاد والرفاع والدياسة
والتذرية عليهما مطلقا فلان عقد المزارعة يوجب على العامل عمل ما
يحتاج اليه الى انتهاء الزرع ليزداد الزرع بذلك فينتهي وجوب العمل
عليه بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى بعد ذلك مالا مشتركا بينهما
فتجب مؤنته عليهما قال فان شرطاه على العامل فسد اي شرطا
العمل الذي يكون بعد انتهاء الزرع كالحصاد والرفاع والتذرية
والدياس لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما فيفسد
وانما قلنا ذلك لان العقد يقتضي عمل المزارعة وهذه الاشياء ليست
من اعمال المزارعة وكانت اجنبية فيكون شرطها مفسدا اي كشرط
الحمل والطحن على العامل وعن ابي يوسف ان المزارعة مع شرط الحصاد
والدياس والتذرية جائزة ومشايخ بلخ كانوا يفتون بهذه الرواية
ويزيدون على هذا ويقولون يجوز شرط التنقية والحمل الى منزله
على العامل لان المزارعة على هذا الشرط متعامل بين الناس ويجوز ترك
القياس بالتعامل الا ترى ان الاستصناع يجوز للتعامل واختاره
الكناس ويجوز ترك القياس بالتعامل الا ترى ان الاستصناع يجوز به
شمس الائمة السرخسي رواية ابي يوسف وقال هو الاصح في ديارنا ولو شرطا
الجداد على العامل او الحصاد على غير العامل لا يجوز بالاجماع لعدم التعامل
ولو ارادا فصل القصيل او جذ التمر بسرا او التقاط الرطب كان ذلك
كله عليهما لانهما انهياه لما عزما على القصل والجداد بسرا فصار كالحصاد
بعد الادراك والله اعلم

كتاب المساقاة

وهي مفاعلة من السقي لغة قال هي معاقدة دفع الاشجار الى من يعمل
فيها على ان الثمرة بينهما بعين في العرف قال وهي كالمزارعة حتى لا تجوز عند
ابي حنيفة كالمزارعة وعندهما تجوز وشروطها عندهما شروط المزارعة
في جميع ما ذكرنا الا في اربعة اشياء احدها اذا امتنع احدهما يجبر عليه
لانه لا ضرر عليه في المضي بخلاف المزارعة حيث لا يجبر صاحب البذر اذا
امتنع والثاني اذا انقضت المدة يتركه بلا اجر ويعمل بلا اجر على ما نبين
وفي المزارعة باجر على ما بينا والثالث اذا استحق النخيل يرجع العامل

بأجر مثله والمزارع بقيمة الزرع والرابع في بيان المدة فانه اذا لم يبين
فيها المدة يجوز استحسانا لان لوقت ادراك الثمر معلوما وقلما يتفاوت
فيه فيدخل فيه ما هو المتيقن به وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا
بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط فيه بيان المدة بخلاف
الزرع لان ابتداءه يختلف والانتهاء مبني عليه فتدخله الجهالة الفاحشة
وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد نبت ولم يثمر بعد معاملة حيث لا يجوز
الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا فلا
يمكن صرفه الى اول ثمر يخرج منه وبخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة
على ان يقوم عليها حتى تذهب اصولها وتنبت لانه لا يعرف متى تنقطع النخيل
او الرطبة لان الرطبة تنمو ما دامت متركبة في الارض فتكون المدة مجهولة
فتفسد المساقاة وكذا اذا اطلق في الرطبة ولم يكن لجداده وقت معلوم
فان كان لذلك وقت معلوم فانه جائز ولم يزد على قوله حتى تذهب بخلاف
ما اذا اطلق في النخيل حيث يجوز وينصرف الى اول ثمر يخرج منه والفرق
ان ثمر النخل لادراكه وقت معلوم فينصرف اليه ولا يعرف في الرطبة
اول جز منه لانه لا يعرف متى يجز حتى لو كان معروفا جاز لعدم الجهالة وصار
كبذره وثمار النخل ولو اطلق في النخيل ولم يشترط ثلاث سنة انتقضت
المعاملة فيها لا انتهاء مدتها فان سميا فيها مدة يعلم ان الثمر لا يخرج
في تلك المدة فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الثمار
وان ذكرا مدة يحتمل لطلوع الثمر فيها جازت المزارعة لعدم التيقن
بفوات المقصود ثم ان خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد
وان تأخر فللعامل اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطأ في المدة
المسماة فصار كما لو علم ذلك الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج اصلا لان
الذهاب بآفة فلا يتبين ان العقد كان فاسدا فبقي العقد صحيحا
ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه **قال** وتصح في الكرم والشجر والرطاب
واصول الباذنجان وقال الشافعي رحمه الله في الجديد لا يجوز الا في النخل
والكرم ولا يجوز المزارعة الا تبعا للمساقاة لان القياس يأباهما
لما قال ابو حنيفة في المزارعة وانما جوزناهما بالاثر وهو حديث خيبر
وقد خصهما وله اصل في الشرع وهو المضاربة والمساقاة اشبه بها
من المزارعة فان فيها الشركة في الزيادة دون الاصل وهو النخيل
كما في المضاربة والشركة وفي المزارعة لا يتأتى ذلك لانه لو شرط دفع
البذر مقتصرا اجماعا فجوزنا المعاملة مقصودا ولم يجوز المزارعة الا

تبعا في ضمن المعاملة وكم من شيء يصح تبعا لا مقصودا كبيع الشرب تبعا لبيع
الارض ولنا ما روي عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم عامل اهل خيبر بشطر
ما يخرج من ثمر او زرع رواه البخاري ومسلم وجماعة اخر وهذا مطلق فلا يجوز
تقييده ببعض الاشجار دون بعض ولا يكون المزارعة تبعا للمعاملة بالرأي
وقد ورد فيه احاديث كثيرة كلها مطلقة توجب اجراءها على اطلاقها ويحكى
ايضا ان اهل خيبر كانوا يعملون في الاشجار والرطاب ولان الاصل في العقود
ان تكون معلولة فيجاز تعديتها الى ما لا نص فيه لا سيما عند الخصم فانه لا يحتاج
الى اقامة الدليل على انه معلول **قال** فان دفع نخلا فيه ثمرة مساقاة
والثمرة تزيد بالعمل صحت وان انتهت لا كالمزارعة لان العامل لا يستحق
الا بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي فلو جاز بعد الادراك لاستحق بلا عمل
ولم يرد به الشرع ولا يجوز الحاقه بما قبل التناهي لان جوازه قبل التناهي
للحاجة على خلاف القياس ولا حاجة الى مثله فبقي على الاصل وكذا على هذا
اذا دفع الزرع وهو بقل جاز وان استحصد وادرك لم يجز لما ذكرنا وهو المراد
بقوله كالمزارعة **قال** واذا فسدت فللعامل اجر مثله لانها في معنى
الاجارة كالمزارعة اذا فسدت **قال** وتبطل بالموت لانها في معنى
الاجارة كالمزارعة وقد بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج
بسر فللعامل ان يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمرة
وليس لورثته ان يمنعوه من ذلك استحسانا كما في المزارعة لان في منعه
الحاق الضرر به فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر على الورثة ولو
التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين ان يقتسموا البسر على الشرط
وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على البسر حتى يبلغ
فيرجعون عليه بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر به
كما في المزارعة هكذا ذكره صاحب الهداية وغيره وفي رجوعهم في حصته
فقط اشكال وكان ينبغي ان يرجعوا عليه بجميعه لان العامل انما يستحق
بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا اذا اختار المضي او لم يمت صاحبه كان
العمل كله عليه فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدي الى ان العمل يجب عليهما
حتى يستحق لورثته بحصته فقط وهذا خلف لانه يؤدي الى استحقاق العامل
بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا الاشكال وارد في المزارعة ايضا ولو مات
العامل فلورثته ان يقوموا عليه وليس لرب الارض ان يمنعهم من ذلك لان فيه
النظر من الجانبين فان ارادوا ان يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين
الخيارات الثلاث التي ذكرناها والاشكال الوارد في الرجوع بحصته وارد

هنا ايضا وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا
خلافه في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا ان
يكون وراثة في الخيار فيورث بخلاف خيار الشرط فاذا ابى ورثة العامل ان
يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض على ما وصفنا واذا انقضت
مدة المعاملة والخارج بسر اخضر فهو كالمزارعة اذا انقضت مدتها
فللعامل ان يقوم عليها الى ان ينتهي الثمار كما كان ذلك للمزارع لكن هنا
لا يجب على العامل اجر حصته الى ان يدرك لان الشجر لا يجوز استيجاره
بخلاف المزارعة حيث يجب على المزارع اجر مثل الارض الى ان يدرك الزرع
لان الارض يجوز استيجارها وكذلك العمل كله على العامل هنا وفي المزارعة
عليهما لانه لما وجب اجر المثل للارض بعد انتهاء المدة في المزارعة لا يستحق
العمل عليه كما يستحق قبل انتهائها **قال** وتفسخ بالعذر كالمزارعة
بان يكون العامل سارقا او مريضا لا يقدر على العمل لانها في معنى الاجارة
وقد بينا انها تنفسخ بالاعذار وكونه سارقا عذر ظاهر لانه يسرق الثمار و
السعف يلحقه ضرر وهو مدفوع شرعا وكذا مرض العامل اذا كان يضعفه
عن العمل لانه يلحقه ضرر بالزامه استيجار الاجراء ولو اراد العامل ترك
العمل لا يمكن منه في الاصح وقيل يمكن وقالوا لا يمكن بالاتفاق وتاويل
قول من قال انه يمكن ان لو شرط العمل عليه فيكون عذرا من جهة العامل
ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا او كرما او نخلا
على ان تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك
لاشتراط الشركة فيما كان موجودا قبل الشركة لا بعمله وهي الارض و
لانه استاجر اجيرا ليجعل ارضه بستانا بالات الاجير على ان تكون اجرته
نصف البستان الذي يظهر بعمله او لانه يكون في معنى قفيز الطحان فيفسد
كما اذا استاجر اجيرا ليجعل ارضه بستانا بالات الاجير او صباغا ليصبغ له
ثوبا بصبغ نفسه على ان له نصف المصبوغ ولان صاحب الارض يكون مشتريا
لنصف الغراس من العامل ببعض الارض والغراس مجهول ومعدوم وقد
شرط عليه العمل في نصيبه الى المدة ايضا وكل ذلك يوجب الفساد ثم
جميع الثمر والغرس لرب الارض وللعامل قيمة غرسه واجر مثل عمله لان
العقد في الشجر لما كان فاسدا وقد غرسه العامل بامره في ارضه صار
كان صاحب الارض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغرس باتصاله
بارضه مستهلكا له بالعلوق فيها فيجب عليه قيمة اشجاره واجر مثل عمله
لانه ابتغى لعمله اجرا وهو نصف الارض ونصف الخارج ولم يحصل له منه شيء

فيجب

فيجب عليه اجر مثله

كتاب الذبائح

قال هي جمع ذبيحة وهي اسم لما يذبح والذبيحة اسم للشيء المذبوح
قال والذبح قطع الاوداج لقوله عليه السلام افر الاوداج بما
شئت والذبح المراد الحلقوم والمريء والودجان وانما عبر عنه بالاوداج
تغليبا وبه يحل المذبوح وهو شرط لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولان المحرم
هو الدم المسفوح وبالذبح يتميز النجس من الطاهر فيتطهر به وان كان
غير ماكول ولفظ الذكاة ينبئ عن الطهارة ومنه قوله عليه السلام ذكاة
الارض يبسها اي طهارتها واصل تركيب التذكية يدل على التمام ومنه
ذكاء السن بالمد لنهاية الشباب وذكاء النار بالقصر لتمام اشتعالها
وهي اختيارية واضطرارية فالاولى الجرح ما بين اللبة واللحيين
والثانية الجرح في اي موضع كان من البدن وهذا كالبدل عن الاول
لانه لا يصار اليه الا عند العجز عنه وهو اية البدلية وانما كان كذلك
لان الاول ابلغ في اخراج الدم من الثاني فلا يترك الا بالعجز عنه ويكتفى
بالثاني للضرورة لان التكليف بحسب الوسع ومن شرطه ان يكون الذابح
صاحب ملة سماوية ثابتة حقيقة او دعوى كالمسلم والكتابي ويشترط
في حق الصائد ان يكون حلالا وان يكون في غير الحرم على ما نبينه ان شاء
الله تعالى **قال** وكل ذبيحة مسلم وكتابي لما تلونا فانه عام فيدخل فيه
المسلم والكافر الا ما خرج منهم بدليل وهو المشرك والمحرم في حق الصيد
والمرتد ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم والمراد به
مذكاهم لان مطلق الطعام غير المذكى يحل من اي كافر كان ولا يشترط فيه
ان يكون من اهل الكتاب ولا فرق في الكتابي بين ان يكون ذميا او حربيا
ويشترط ان لا يذكر فيه غير الله تعالى حتى لو ذكر الكتابي المسيح او عزيرا
لا يحل لقوله تعالى وما اهل به لغير الله وهو كالمسلم في ذلك فانه لو اهل به
لغير الله لا يحل **قال** وصبي وامراة واخرس واقلف والمراد بالصبي هو
الذي يعقل التسمية ويضبط وان لم يعقل ولم يضبط لا تحل ذبيحته لان
التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بالمعرفة
والضبط وهو ان يعلم شرائط الذبح من فري الاوداج والتسمية والمعتوه
كالصبي اذا كان ضابطا وهو الشرط والقلفة او الانوثة لا تخل به فيحل
والاخرس عاجز عن الذكر فيكون معذورا وتقوم الملة مقامه كالناسي
بل اولى لانه الزم **قال** لا مجوسي ووثني ومرتد ومحرم وتارك اسم الله
عمدا اي لا تحل ذبيحة هؤلاء اما المجوسي فلقوله عليه السلام سنوا بهم سنة

اهل الكتاب غير الحربي كنسائهم وما الكل ذبائحهم لانه ليس له دين سماوي فانعدم
التوحيد اعتقادا ودعوى والوثني كالمجوسي فيما ذكرنا لانه مشرك
مثله واما المرتد فلانه لا ملة له لانه لا يقر على ما انتقل اليه ولهذا
لا يجوز نكاحه بخلاف اليهودي اذا تنصر او بالعكس او تنصر المجوسي او تهود
لانه يقر على ما انتقل اليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما
قبله حتى لو تمجس اليهودي لا تحل ذكاته لما ذكرنا والمتولد بين الكتابي
والمشرك يعتبر الكتابي لان المشرك شر فيعتبر الاخف واما المحرم فالمراد
به في حق الصيد لان ذبيحته في غير الصيد يؤكل لان فعله فيه مشروع
بخلاف الصيد لان فعله فيه غير مشروع فلا يحل اكله وكذا الحلال في
حق الصيد في الحرم لانه منهي عنه فلا يكون مشروعا وكذا الكتابي لو
ذبح صيدا في الحرم لا يحل واما تارك اسم الله عمدا فلقوله تعالى ولا
تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق ولقوله عليه السلام لعدي
اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل الحديث وقال الشافعي
اذا ترك الذابح التسمية عمدا تؤكل ذبيحته والمسلم والكتابي فيه سواء
وكذا ان ترك التسمية عند الرمي وارسال الجارح يؤكل عنده لقوله
عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم ولحديث عائشة
رضي الله عنها انها قالت للنبي صلى الله عليه وسلم ان الاعراب يأتوننا
بلحم فلا ندري اسموا عليها او لم يسموا فقال عليه السلام سموا انتم
وكلوا ولو كانت شرطا لما امرها بالاكل مع الشك ولان التسمية لو كانت
شرطا لما سقطت بالنسيان كالطهارة في الصلاة ولو كانت شرطا قامت
الملة مقامها كما في الناسي ولنا ما تلونا وما روينا وعلى حرمة متروك
التسمية عمدا انعقد الاجماع قبل الشافعي وهذا القول منه عد
خرقا له وانما كان الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا ففي مذهب
ابن عمر رضي الله عنه انه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهما انه يحل
ولهذا قال ابو يوسف والمشايخ رحمهم الله ان متروك التسمية عمدا لا يسوغ
فيه الاجتهاد حتى لو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ قضاؤه لكونه
مخالفا للاجماع وما رواه مخالف للدليل القطعي من الكتاب والسنة واجماع
الامة فكان مردودا او نقول الحديث الاول محمول على حالة النسيان
والثاني دليلنا لانها سألت عن الاكل عند وقوع الشك في التسمية
وذلك دليل على انهم لا يأكلونه الا اذا سمي عليه وهي شرط فيه وانما امرها
بالاكل بناء على الظاهر انه لا يترك ظاهرا كمن اشترى شيئا جاز له الانتفاع

به

به بناء على الظاهر انه ملكه **قال** وحل لو ناسيا اي حل المذكى ان ترك التسمية
ناسيا وقال مالك لا يحل لما بينا من الادلة اذ لا فصل فيها قلنا النسيان
مرفوع حكمه بقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان ولان في اعتباره
حرجا بينا والحرج مدفوع بالنص وانما قلنا ذلك لان الانسان كثير النسيان
فيعذر في الاشياء التي لا مذكر لها من جهة حاله كالاكل في الصوم وترك الترتيب
في قضاء الفوائت من الصلوات بخلاف الاكل وغيره في الصلاة والجماع في الحج
حيث لا يختلف فيه بين الناسي والعامد لان حالة مذكرة والنص غير مجرى
على اطلاقه اذ لو اريد به مطلقا لجرت المحاجة بين السلف وظهر الانقياد
وارتفع الخلاف بينهم واقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي وهو معذور
لا يدل على الاقامة في حق العامد ولا خلاص عن ذلك والناسي ليس بمخصوص
حتى يقاس عليه غيره ويخص عليه غيره بالقياس لانه ذاكر ومسم تقديرا لقيام
الملة مقامها ولا يقال ان الاية مجملة لانه لا يدرى هل اريد بها حالة
الذبح او الطبخ او حالة الاكل لانا نقول اجمع السلف على ان المراد بها
حالة الذبح فيكون مفسرا فتم الاحتجاج بها الا ترى ان ذبيحة المجوسي لا تؤكل
وذبيحة الكافر الكتابي تؤكل وليس بينهما فرق لعقل الا ان الكتابي يسمي عند
الذبح دون المجوسي ثم التسمية في ذكاة الاختيار يشترط ان يكون عند
الذبح قاصدا التسمية على الذبيحة ولو سمى ولم تحضره النية صح لانه اتى
بالتسمية وظاهر حاله يدل على انه قصد به التسمية على الذبيحة فيقع عنها
ولو سمى واراد به التسمية لابتداء الفعل كسائر الافعال لا يحل كمن قال
الله اكبر واراد به متابعة المؤذن لا يصير شارعا في الصلاة ويشترط التسمية
حالة الذبح لقوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف وهي حالة النحر
ويدل عليه قوله تعالى فاذا وجبت جنوبها فكلوا منها والمعتبر ان يذبح عقيب
التسمية قبل ان يتبدل المجلس حتى اذا سمى واشتغل بعمل اخر من كلام قليل
او شرب ماء او اكل لقمة او تحديد شفرة ثم ذبح يؤكل وان كان كثيرا لا يحل لان
ايقاع الذبح متصلا بالتسمية بحيث لا يتخلل بينهما شيء لا يمكن الا بحرج عظيم
فاقيم المجلس مقام الاتصال فالعمل القليل لا يقطع المجلس والكثير يقطع
وهي على الذبيحة وفي الصيد يشترط عند ارسال الجارح او الرمي وهي على
الالة لان التكليف بحسب الوسع والذي في وسعه في الاول الذبح وفي
الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فيشترط عند فعل يقدر عليه حتى
لو اضجع شاة وسمى ثم تركها وذبح غيرها بالسكين الذي كان معه ولم يسم
عليها لا تحل ولو رمى الى صيد وسمى فاصاب صيدا اخر حل وكذا اذا ارسل كلبه

الى الصيد فترك الكلب ذلك الصيد فاخذ غيره حل لتعلق التسمية بالآلة ولو اضجع
شاة وسمى وطرح السكين واخذ سكينا آخر فذبحها به ولم يسم حل لتعلقه
بالمذبوح ولو سمى على سهم فتركه واخذ غيره فرمى به لم يؤكل لما ذكرنا ولو سمى فذبح
شاتين على التعاقب حلت الاولى دون الثانية ولو اضجع احداهما
فوق الاخرى فذبحهما دفعة واحدة بسكين واحد وتسمية واحدة حل اكلهما
قال ويكره ان يذكر مع اسم الله غيره وان يقول عند الذبح اللهم تقبل
من فلان وان قال قبل التسمية والاضجاع جاز وهذا النوع على ثلاثة
اوجه احدها ان يذكر موصولا من غير عطف فيكره ولا يحرم الذبيحة مثل ان
يقول باسم الله محمد رسول الله بالرفع لان اسم الرسول غير مذكور على سبيل
العطف فيكون مبتدا لكن يكره لوجود الوصل صورة وان قال بالخفض
لا يحل ذكره في النوازل وقال بعضهم هذا اذا كان يعرف النحو والاوجه
ان لا يعتبر الاعراب بل يحرم مطلقا بالعطف لان كلام الناس اليوم لا يجري
عليه ومن هذا النوع ان يقول اللهم تقبل من فلان لان الشركة لم توجد
ولم يكن الذبح واقعا عليه ولكنه يكره لما ذكرنا والثاني ان يذكر موصولا
على سبيل العطف والشركة نحو ان يقول باسم الله واسم فلان او باسم الله
وفلان او باسم الله ومحمد رسول الله بالجر فتحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله
تعالى وقال تعالى وما اهل به لغير الله قال عليه السلام موطنان لا اذكر
فيهما عند العطاس وعند الذبح ولو رفع المعطوف عليه على اسم الله تحل
لانه مبتدا واختلفوا في النصب ويكره فيهما بالاتفاق لوجود الوصل صورة
والثالث ان يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل ان يضجع
الشاة او قبل التسمية او بعد الذبح اللهم تقبل هذا مني او من فلان
وهذا لا يكره لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال بعد الذبح
اللهم تقبل هذه عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ وكان
عليه السلام يقول اذا اراد ان يذبح اللهم هذا منك ولك ان صلاتي ونسكي
ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت وانا من المسلمين
باسم الله والله اكبر ثم ذبح وهكذا روي عن علي كرم الله وجهه والشرط هو
الذكر الخالص على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو
قال عند الذبح اللهم اغفر لي واكتفى به لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال
الحمد لله او سبحان الله يريد به التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال
الحمد لله لا يحل في الاصح لانه يريد الحمد على النعمة دون التسمية بخلاف
الخطبة حيث يجزيه ذلك عن الخطبة لان المذكور فيها ذكر الله تعالى

مطلقا بقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وفي الذبيحة المامور به هو الذكر
على المذبوح بقوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف وما لم يذكر
اسم الله عليه نهى عن اكله بقوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله
عليه ومما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله باسم الله والله اكبر
منقول عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن علي وابن عباس مثله قاله ابن عباس
في تفسير قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف وذكر الحلواني المستحب
ان يقول باسم الله الله اكبر بلا واو وبالواو يكره لانه يقطع فور التسمية
قال والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح في
الحلق كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه ما روي انه عليه السلام
بعث مناديا ينادي في فجاج منى الا ان الذكاة في الحلق الحديث رواه الدار
قطني ولانه مجمع مجرى النفس ومجرى الطعام ومجمع العروق فيحصل بقطعه
المقصود على ابلغ الوجوه وهو انهار الدم والتقييد بالحلق واللبة يفيد
انه لو ذبح اعلى من الحلقوم او اسفل منه يحرم لانه ذبح في غير المذبح ذكره في
الواقعات وفي فتاوى سمرقند وذكر في النهاية ما يخالف هذا عن الامام
الرستغفني فانه قال سئل عمن ذبح شاة فبقيت عقدة الحلقوم مما يلي
الصدر وكان يجب ان يبقى مما يلي الراس تؤكل ام لا قال هذا قول العوام من
الناس وليس هذا بمعتبر ويجوز اكلها سواء بقيت العقدة مما يلي الراس او مما
يلي الصدر لان المعتبر عندنا قطع اكثر الاوداج وقد وجد ثم حكى ان شيخه
كان يفتي به وهذا مشكل فانه لم يوجد فيه قطع الحلقوم ولا المري واصحابنا
رحمهم الله وان اشترطوا قطع الاكثر فلا بد من قطع احدهما عند الكل
واذا لم يبق شيء من عقدة الحلقوم مما يلي الراس لم يحصل قطع واحد منهما فلا
يؤكل بالاجماع وفي الواقعات لو قطع الاعلى او الاسفل ثم علم فقطع مرة
اخرى الحلقوم قبل ان يموت بالاول ينظر فان كان قطع بتمامه لا يحل لان
موته بالاول اسرع منه بالقطع الثاني والا حل وذكر في فتاوى سمرقند
قصاب ذبح الشاة في ليلة مظلمة فقطع اعلى من الحلقوم او اسفل منه
يحرم اكلها **قال** والمذبح المري والحلقوم والودجان لما روي انه عليه
السلام قال افر الاوداج بما شئت وهي عروق الحلق في المذبح والمري
مجرى الطعام والشراب والحلقوم مجرى النفس والمراد بالاوداج كلها
والحلق عليه تغليبا وانما قلنا ذلك لان المقصود يحصل بقطعهن وهو
التوجيه واخراج الدم لانه بقطع المري والحلقوم يحصل التوجيه وبقطع
الودجين يحصل انهار الدم ولو قطع الاوداج وهي العروق من غير قطع

المري والحلقوم لا يموت فضلا عن التوجيه فلا بد من قطعهما او قطع احدهما
ليحصل التوجيه ولا بد من قطع الودجين او احدهما ليحصل انهار الدم
قال وقطع الثلاث كاف ولو بظفر وقرن وعظم وسن منزوع وليطة
ومروة وما انهر الدم الا السن والظفر القائمين وهذا الاكتفاء بالثلاث
مطلقا قول ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف اولا وعن ابي يوسف انه يشترط
قطع الحلقوم والمري واحد الودجين وعن محمد لا بد من قطع اكثر كل واحد
من هذه الاربعة واجمعوا على انه يكتفي بقطع الاكثر من هذه العروق الاربعة
لان الاكثر يقوم مقام الكل غير ان محمدا اعتبر اكثر كل واحد من هذه الاربعة
وهو رواية عن ابي حنيفة لان كل واحد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره
ولورود الامر بفريه فيعتبر اكثر كل واحد منها وابو يوسف يقول ان المقصود
من قطع الودجين انهار الدم فينوب احدهما عن الاخر اذ كل واحد منهما مجرى
الدم واما الحلقوم والمري فهما يخالفان للاوداج وكل واحد منهما يخالف الاخر
فلا بد من قطعهما وابو حنيفة يقول ان الاكثر يقوم مقام الكل واي ثلاث
منها قطع فقد قطع الاكثر وما هو المقصود منه يحصل به وهو انهار الدم
المسفوح والتوجيه في اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع المري او الحلقوم
ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفي بالاكثر ايها كانت فلا حاجة الى
اشتراط قطع المعين منها وقال الشافعي يكتفي بقطع الحلقوم والمري
وقال مالك لا بد من قطع الاربع والحجة عليهما ما روينا فان فيه ذكر الاوداج
بلفظ الجمع والثلاثة جمع فلا معنى لاشتراط الكل ولا للاقتصار على
ما دون الثلث وقوله ولو بظفر وقرن وسن مذهبنا وقال الشافعي المذبوح
بهذه الاشياء ميتة لا يحل كلها لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى
الاوداج ما خلا الظفر والسن فانها مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع
فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المشروع ولنا قوله عليه الصلاة والسلام
انهر الدم ويروى افري الاوداج بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع
فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك اظهارا للجلادة ولانها الة جارحة
فيحصل بها ما هو المقصود وهو اخراج الدم فصار كالحجر والحديد بخلاف
غير المنزوع فانه يقتل بالثقل فيكون في معنى الموقوذة وانما يكره لان
فيه زيادة الالم وقد نهينا عنه وامرنا بضده وقوله وليطة ومروة
وما انهر الدم لما روي عن عدي بن حاتم قال قلت يا رسول الله انا نصيد
الصيد فلا نجد سكينا الا الظرار وشقة العصا فقال رسول الله صلى
الله عليه وسلم افر الاوداج بما شئت واذكر اسم الله رواه البخاري ومسلم

وغيرهما

وغيرهما واما الظفر القائم والسن القائم فلما روي عن رافع بن خديج
انه قال قلت يا رسول الله انا نلقى العدو غدا وليس معنا مدى فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ما لم يكن سنا
او ظفرا وساحدثكم عن ذلك اما السن فعظم واما الظفر فمدى الحبشة
رواه البخاري ومسلم وتاويله اذا كان قائما على ما بينا الا ترى الى
قوله عليه السلام اما الظفر فمدى الحبشة وهم كانوا يذبحون بالقائم منه
قال ويندب حد الشفرة لقوله عليه السلام ان الله كتب الاحسان
على كل شيء واذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة
وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته رواه مسلم واحمد وغيرهما ويكره ان يضجعها
ثم يحد الشفرة لما روي انه عليه السلام راى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته
فقال لقد اردت ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها قال
وكره النخع وقطع الراس والذبح من القفا والنخع هو ان يصل الى النخاع
وهو خيط ابيض في جوف عظم الرقبة وانما كره ذلك لنهيه عليه السلام عن
نخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل ان يمد راسها حتى يظهر
مذبحها وقيل ان يكسر رقبتها قبل ان يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه
لان في جميع ذلك وفي قطع الراس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة
ويكره ان يجرها برجلها الى المذبح وان يسلخ قبل ان يبرد لما ذكرنا
وتوكل في جميع ذلك لان الكراهية لمعنى زائد وهي زيادة الالم فلا يوجب
الحرمة وكذا لو ذبحها متوجهة لغير القبلة يكره وتوكل لان السنة في
الذبح ان يستقبل بها القبلة هكذا روي عن ابن عمر رضي الله عنه ان
النبي صلى الله عليه وسلم استقبل في اضحيته القبلة لما اراد ذبحها
وفي الذبح من القفا زيادة الالم فيكره ويحل اذا بقيت حية حتى تقطع
العروق لتحقق الموت بما هو ذكاة وان ماتت قبل قطع العروق لا توكل
لوجود الموت بما ليس بذكاة قال وذبح صيد استانس وجرح نعم توحش
او تردى في بئر لان ذكاة الاضطرار لا يصار اليه الا عند العجز عن ذكاة
الاختيار على ما مر ولم يتحقق العجز فيما استانس من الصيد وتحقق فيما توحش
وكذا فيما تردى في بئر ووقع العجز عن ذكاة نحره فان مات بالجرح وعلم ذلك
يوكل وان علم انه لم يمت من الجرح لا يوكل وان اشكل ذلك اكل لان الظاهر
ان الموت منه وكذا الدجاجة اذا تعلقت على شجرة وخيف فوتها صار
ذكاتها الجرح وفي الكتاب اطلق فيما توحش من النعم وعن محمد ان الشاة
اذا ندت في المصر لا تحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن اخذها وان ندت

في الصحراء تحل بالعقر لتحقق العجز عن ذكاة الاختيار وفي البقرة والإبل تحقق
العجز في الصحراء والمصر فتحل بالعقر والصيال كالند وإذا كان لا يقدر
على أخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد ذكاته حل أكله وقال
مالك لا تحل النعم الأهلي بذكاة الاضطرار لأن العجز عن ذكاة الاختيار
فيه نادر والنادر لا حكم له ولنا ما روي عن رافع بن خديج قال كنا مع
رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فند بعير من إبل القوم ولم يكن معهم
خيل فرماه رجل منهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لهذه البهائم
أوابد كأوابد الوحش فما فعل منها هذا فافعلوا به هكذا رواه البخاري
ومسلم وجماعة أخر ولأن المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار إلى البدل
على أنا لا نسلم ندرته بل هو غالب وذكر في النهاية معزيا إلى النوازل أن
البقرة لو تعسرت عليها الولادة فأدخل صاحبها يده وذبح الولد حل أكله
وإن جرحه في غير موضع الذبح إن كان لا يقدر على مذبحه يحل أيضا وإن
كان يقدر لا يحل قال وسن نحر الإبل وذبح البقر والغنم وكره عكسه
وحل وإنما كانت السنة في الإبل النحر وفي البقر والغنم الذبح لموافقة
السنة المتوارثة قال الله تعالى إن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة وقال
تعالى وفديناه بذبح عظيم وقال تعالى فصل لربك وانحر جاء في التفسير
أي انحر الجزور ولأن النحر أيسر في الإبل وفي البقر والغنم الذبح أيسر فكان في
كل واحد منهما السنة ما هو الأيسر فيه وإن نحر البقر والغنم وذبح الإبل
جاز لحصول المقصود وهو تسييل الدم وكره لترك السنة المتوارثة وهو
المراد بقوله وكره عكسه وحل وقال مالك لا يحل والحجة عليه ما بيناه
النحر قطع العروق في أسفل العنق عند الصدر والذبح قطع العروق
في أعلى العنق تحت اللحيين قال ولم يذك جنين بذكاة أمه أي لا
يصير الجنين مذكى بذكاة أمه حتى لا يحل أكله بذكاتها وهذا عند أبي حنيفة
وزفر والحسن بن زياد رحمهم الله وقال أبو يوسف ومحمد وجماعة إن تم
خلقه حل أكله بذكاتها لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة أمه
وروي أنه عليه السلام قيل له يا رسول الله ننحر الناقة ونذبح البقرة
أو الشاة في بطنها الجنين أنلقيه أم نأكله فقال كلوه إن شئتم فإن
ذكاته ذكاة أمه واحتجوا أيضا بقوله تعالى ومن الأنعام حمولة وفرشا
قيل الفرش الصغار من الإبل والحمولة الكبار فقد من الله علينا
بإباحة أكله لنا ولأنه جزء من الأم حقيقة لكونه متصلا بها حتى يفصل
بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل في الأحكام

الواردة

الواردة على الأم كالبيع والهبة والعتق فإذا كان جزءا منها فيكون جرح الأم
ذكاة له عند العجز كما في الصيد والجامع أنه عجز في الاثنين عن ذكاتهما
الاختيارية فانتقل إلى ما هو في وسعه وهو الجرح في الصيد وذبح الأم
في الجنين فصار مثله بل فوقه لأنه يموت به قطعا والغالب في الصيد
المجروح السلامة لا سيما إذا وقع الجرح في أطرافه ولأبي حنيفة ومن تابعه
أن الله تعالى حرم الميتة وهو اسم لحيوان مات من غير ذكاة ألا ترى أن الله
تعالى حرم الميتة وشرط التذكية بقوله إلا ما ذكيتم وحرم المنخنقة والجنين
مات خنقا فيحرم بالكتاب وهذا لأنه أصل في الحياة حتى يتصور حياته بعد
موت أمه فوجب إفراده بالذكاة ليخرج الدم عنه فيحل به ولا يحل بذكاة
غيره إذ المقصود من الذكاة إخراج دمه ليتميز من اللحم فيطيب ولا يكون
تبعا لها ولهذا انفرد بإيجاب الغرة ويقبل العتق وحده ويصح الوصية
له وبه منفردا فلا يمكن جعله تبعا لأمه فيه لأنه لا يحصل المقصود بذكاة
أمه وهو إخراج دمه بخلاف جرح الصيد لأنه مخرج للدم وهو المقصود
فيقوم مقام الذبح عند العجز تحققه أنه لو كان جزءا للأم لحل أكله وإن لم
يتم خلقه لأن جميع أجزاء الأم مأكول فلما لم يؤكل قبل تمامه علمنا أنه ليس بجزء
لها وما رووه لا يعارض الدليل القطعي أو المراد بالحديث لا وإن صح
التشبيه أي ذكاة الجنين كذكاة أمه والتشبيه على هذا الطريق
فاش قال الله تعالى وجنة عرضها السموات والأرض ويقال زيد الأسد
أي كالأسد قال الشاعر • وعيناك عيناها وجيدك جيدها •
ولكن عظم الساق منك دقيق • أي كعينيها فلا يدل على أنه يكتفي بذكاة
الأم والدليل عليه أنه يروى ذكاة أمه بالنصب على المصدر أي يذكى
ذكاة مثل ذكاة أمه وهذا يبين أن المراد بالرفع التشبيه وإلا لفسد
المعنى لأنه يؤدي إلى أن ذكاة الجنين هو ذكاة للأم بمعنى أنه يكتفي به ويستغنى
به عن ذكاة أمه لأن قوله ذكاة الجنين مبتدأ وذكاة أمه خبره فيفسد المعنى
لأنا حينئذ نقول إن ذكاة الجنين تغني عن ذكاة الأم وهذا كما يقول كلام
زيد كلام القوم بمعنى أنه يكتفي به ولا يحتاج إلى كلامهم وإنما كان كذلك لأن
المبتدأ والخبر إذا كانا معرفتين وجب تقدم المبتدأ وتأخير الخبر بمعنى
أن المتقدم هو المبتدأ والمتأخر الخبر والمراد من قولهم فيخرج من بطنها جنين
ما أشرف على الموت قال الله تعالى إنك ميت وإنهم ميتون أي إذا ذبحوه وكلوه •
وهذا مثل ما روي أنه عليه السلام أذن في أكل لحم الخيل أي إذا ذبح لأن
الشيء إذا عرف شرطه وذكر مطلقا ينصرف إليها كقوله تعالى أقم الصلاة

الى بقر وطئها وانما يدخل الجنين في البيع تحريا للجواز لان البيع يفسد
باستثنائه وانما يعتق باعتاقها كيلا ينفصل من الحي ولد رقيق ولا
يقال لو لم يحل اكله بذكاة امه لما حل ذبح امه لان فيه تضييع الولد
ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال لانا نقول متى تيقن
به بل يتوهم ادراكه حيا فيذبح فلا يحرم ولان المقصود لحم الام
فلا يتوسل اليه الا به فكان قتله لغرض صحيح فاذا كان يجوز قتل المسلمين
للتوسل الى المقصود كما اذا تترس الكفار بالمسلمين فما ظنك بالاجنة

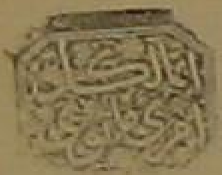
فصل فيما يحل وما لا يحل

قال رحمه الله لا يؤكل ذو
ناب ومخلب من سبع وطير اي لا يحل اكل ذي ناب من سباع البهائم وذي
مخلب من سباع الطير لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله
عليه وسلم نهى عن اكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير رواه مسلم
وابو داود وجماعة اخر وعن ابي ثعلبة ان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن اكل كل ذي ناب من السباع رواه البخاري والسباع جمع سبع وهو كل
مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة والمراد بذي مخلب ما له مخلب
هو سلاح وهو مفعل من الخلب وهو مزق الجلد ويعلم بذلك ان المراد بذي
مخلب ما هو من سباع الطير لا كل ما له مخلب وهو النطق كما ارتد في ذي ناب
سباع البهائم لا كل ما له ناب ولان طبيعة هذه الاشياء مذمومة شرعا
فيخشى ان يتولد من لحمها شيء من طباعها فيحرم اكراما لبني ادم وهو نظير ما
روي انه عليه السلام قال لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يعدي ويدخل في
الحديث الضبع والثعلب لان لهما نابا وما روي انه عليه السلام اباح
اكلهما محمول على الابتداء ويدخل فيه الفيل ايضا لانه ذو ناب واليربوع
وابن عرس من سباع الهوام وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف
قال وحل غراب الزرع لانه ياكل الحب وليس من سباع الطير ولا من
الخبائث قال لا الابقع الذي ياكل الجيف والضبع والضب والزنبور
والسلحفاة والحشرات والحمر الاهلية والبغل اي هذه الاشياء لا تؤكل
اما الغراب الابقع فلانه ياكل الجيف فصار كسباع الطير والغربان ثلاث
انواع نوع ياكل الجيف فحسب فانه لا يؤكل ونوع ياكل الحب فقط فانه يؤكل
ونوع يخلط بينهما وهو ايضا يؤكل عند ابي حنيفة وهو العقعق لانه كالدجاج
وعن ابي يوسف انه يكره لان غالب ماكوله الجيف والاول اصح وقال في
النهاية ذكر في بعض المواضع ان الخفاش يؤكل وذكر في بعضها انه لا يؤكل لان
له نابا واما الضبع فلما روينا ورويناه ولانه ياكل الجيف فيكون لحمه نابتا

منه فيكون خبيثا واما الضب والزنبور والسلحفاة والحشرات فلانها
من الخبائث لان العرب تستخبثها وقد قال الله تعالى ويحرم عليهم
الخبائث وما روي انه عليه السلام اباح اكله محمول على ما قبل التحريم
ثم حرم الخبائث لانه لم يكن في الابتداء حرام الا ثلاثة اشياء على ما قال
الله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما على طاعم يطعمه الا ان يكون ميتة
او دما مسفوحا او لحم خنزير ثم حرم بعد ذلك اشياء لا تحصى والشافعي يجوز
اكل الضبع والضب ومالك جميع السباع والحشرات استدلالا بما تلونا
ورويناه والحجة عليهما ما بيناه واما الحمر الاهلية فلما روي عن ثعلبة الخشني
انه قال حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الحمر الاهلية
رواه البخاري ومسلم واحمد واما البغل فلانه من نسل الحمار فكان كاصله
حتى لو كانت امه فرسا كان على الخلاف المعروف في لحم الخيل لان المعتبر في
الحل والحرمة الام فيما تولد من ماكول وغير ماكول قال وحل الارنب
لانه عليه السلام امر اصحابه ان ياكلوه حين اهدي اليه مشويا رواه
احمد والنسائي ولانه ليس من السباع ولا من اكلة الجيف فاشبه الظبي
قال وذبح ما لا يؤكل لحمه يطهر لحمه وجلده الا الادمي والخنزير
وقال الشافعي الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لان اثر الذكاة في اباحة
اللحم اصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الاصل فصار
كذبح المجوسي ولنا ان الذكاة موثرة في ازالة الرطوبة النجسة فاذا
زالت طهرت كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في
اللحم وفعل المجوسي اماتة فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه ايضا حتى
لو وقع في الماء القليل لا يفسده وهل يجوز الانتفاع به لغير الاكل قيل لا
يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه شحم الميتة والزيت غالب
فانه ينتفع به في غير الاكل والخنزير لا يؤثر فيه الدباغ لنجاسته والادمي
لكرامته وفي رواية لا يطهر بالذكاة لحم ما لا يؤكل لحمه والجلد يطهر وهو الصحيح
وقد ذكرناه في كتاب الطهارة قال ولا يؤكل ما في الماء الا السمك
غير طاف وقال مالك يؤكل جميع حيوان الماء واستثنى بعضهم الخنزير والسباع
والكلب والانسان وعن الشافعي رحمه الله انه اباح ذلك كله قال صاحب
الهداية الخلاف في الاكل والبيع واحد وينبغي ان يجوز بيعه بالاجماع لطهارته
لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه السلام في البحر
هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ الدموي لا
يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك وروى جابر انهم اصابهم جوع

شديد في الغزو فالقى البحر حوتا ميتا يقال له العنبر فأكلنا منه نصف
شهر قال فلما قدمنا المدينة ذكرنا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال كلوا رزقا أخرجه الله عز وجل لكم أطعمونا إن كان معكم الحديث
ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن التداوي بدواء اتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع
السرطان والصيد المذكور فيما تلي محمول على الاصطياد وهو مباح فيما
لا يحل أكله والميتة المذكورة فيما روي محمول على السمك وهو حلال مستثنى عن
ذلك لقوله عليه السلام أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك
والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال وحديث جابر لا يدل على مرادهم
لأنه قال فجعنا جوعا شديدا فالقى البحر حوتا ميتا لم نر مثله يقال له
العنبر الحديث هكذا رواه البخاري ومسلم وأحمد وهذا يدل على أنه كان
سمكا وإن لم يكن سمكا فهو في حال المخمصة وفيها يحل الميتة والخنازير
فأنى لك بصيد البحر وهو ظاهر بالإجماع والنصوص على تحريم الخنزير
والسباع مطلقة فيتناول البري والبحري وأما الطافي فيكره أكله
لقول جابر رضي الله عنه أنه عليه السلام قال ما نضب عنه الماء فكلوه
وما طفى فلا تأكلوه وعن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم مثله
وهو حجة على مالك والشافعي في إباحتهما الطافي ولا دليل لهما فيما رويناه
لأن المراد ميتة البحر ما لفظه البحر حتى يكون موته مضافا إلى البحر ولا
يتناول ما مات فيه بمرض أو نحوه ثم الأصل فيه أنه متى عرف سبب موته كلفظ
البحر أو بحبسه في مكان كالحظيرة الصغيرة الضيقة المتلفة بحيث يمكن
أخذه من غير حيلة أو بابتلاع سمكة أو بقتل طير الماء إياها أو بجماد
الماء عليها فإنها تحل كلها لأن سبب موتها معلوم ولو ماتت من شدة
حر الماء أو برده قيل تؤكل لأن لموتها سببا معلوما وقيل لا تؤكل لأن الماء
لا يقتل السمك حارا كان أو باردا وإن انحسر الماء عن بعضه ومات
روى هشام عن محمد أنه إن كان رأسه في الماء لا يؤكل وإن كان ذنبه في
الماء ورأسه انحسر عنه الماء أكل لأن خروج رأسه عن الماء سبب لموته
فكان سبب موته معلوما بخلاف خروج ذنبه فحاصله أن الشرط فيه أن يعلم
بأي سبب مات حتى لو أبان عضوه بضرب فإنه يؤكل ويؤكل العضو أيضا
قال رحمه الله وحل بلا ذكاة كالجراد أي حل السمك بلا ذكاة
كالجراد لما روينا قال ولو ذبح شاة فتحركت أو خرج الدم حل وإلا
لا إن لم يدر حياته وإن علم حل وإن لم يتحرك ولم يخرج الدم لأن الحركة

وخروج الدم لا يكونان إلا من الحي لأن الميت لا يتحرك ولا يخرج منه الدم
فيكون وجودهما أو وجود أحدهما علامة الحياة فتحل وعدمهما علامة
الموت فلا تحل إلا إذا علم حياتها عند الذبح فتحل لأن الأصل بقاء ما كان
على ما كان فلا يحكم بزوال الحياة بالشك وذكر محمد بن مقاتل أن خرج
الدم ولم يتحرك لا يحل لأن الدم يتجمد عند موته فيجوز خروج الدم بعد الموت
وهذا يتأتى في المنخنقة والمتردية والنطيحة والتي بقر الذئب بطنها
لأن ذكاة هذه الأشياء تحلل وإن كانت حياتها خفية في ظاهر الرواية
لقوله تعالى إلا ما ذكيتم وعن أبي حنيفة أنها إنما تحل إذا كانت بحال تعيش
يوما لولا الذكاة وعند أبي يوسف إن كان بحال لا يعيش مثله لا تحل وعند
محمد رحمه الله إن كان بحال يعيش فوق ما يعيش المذبوح تحل وإلا فلا وسنبينها
إن شاء الله تعالى في كتاب الصيد ولو ذبحت شاة مريضة ولم يتحرك منها إلا
فوها قال محمد بن سلمة إن فتحت فاها لا تؤكل وإن ضمت فاها أكلت وإن فتحت
عينيها لا تؤكل وإن ضمت عينيها أكلت وإن مدت رجليها لا تؤكل وإن قبضت
رجليها أكلت وإن نام شعرها لا تؤكل وإن قام شعرها أكلت وهذا صحيح لأن
الحيوان يسترخي بالموت ففتح الفم والعين ومد الرجل ونوم الشعر
علامة الموت لأنها استرخاء وضم الفم وتغميض العين وقبض الرجل وقيام
الشعر ليست باسترخاء بل هي حركات تختص بالحي فيدل على حياته وقال في
خان هذه الحالة إذا لم تعلم حياته وقت الذبح وإن علم حياته وقت الذبح
أكل على كل حال وكذا ذكره في المحيط أيضا والله سبحانه وتعالى أعلم



كتاب الأضحية

وهي اسم لما يضحى بها كالأدوية وهي الأثنى من الأعول وتجمع على أضاحي
بالتشديد على أفاعيل كالأداوي في جمع الإداوة ويقال ضحية وضحايا
كهدية وهدايا ويقال أضحاة وتجمع على أضحى كأرطاة وأرطى وهي في
الشرع اسم لحيوان مخصوص بسن مخصوص يذبح بنية القربة في يوم
مخصوص عند وجود شرائطها وسببها وشرائطها الإسلام والوقت
واليسار الذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر وركنها ذبح ما يجوز
ذبحه اعلم أن القربة المالية نوعان نوع بطريق التمليك كالصدقات
ونوع بطريق الإتلاف كالإعتاق والأضحية ففي الأضحية اجتمع المعنيان
فإنها تقرب بإراقة الدم وهو إتلاف ثم بالتصدق في اللحم فيكون تمليكا
وإباحة قال يجب على كل حر مسلم مقيم موسر عن نفسه لا عن طفله
شاة أو سبع بدنة يوم النحر إلى آخر أيامه وفي الجوامع عن أبي يوسف أنها

سنة وهو قول الشافعي رحمه الله وذكر الطحاوي انها سنة مؤكدة على قول ابي
يوسف ومحمد وهكذا ذكره بعضهم ايضا ووجه السنة قوله عليه السلام اذا
رأيتم هلال ذي الحجة واراد احدكم ان يضحي فليمسك عن شعره واظفاره
رواه مسلم وابو داود واحمد وجماعة اخر والتعليق بالارادة ينافي الوجوب
ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر كالزكاة وصدقة الفطر
لانهما لا يختلفان في العبادة المالية فصار كالعتيرة ووجه الوجوب قوله
عليه الصلاة والسلام من وجد سعة فلم يضح فلا يقربن مصلانا رواه
احمد وابن ماجه رضي الله عنهما ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب
ولانه عليه السلام امر باعادتها بقوله من ضحى قبل الصلاة فليعد والامر
للوجوب فلولا انها واجبة لما وجب اعادتها ولانها قربة تضاف اليها
وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يؤذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص
ويحصل الاختصاص بالوجود والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر
الى جنس المكلفين لجواز ان يجتمعوا على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعوا على ترك
الواجب ولا تصح الاضافة باعتبار جوازها فيه الا ترى ان الصوم يجوز
في سائر الشهور والمسمى بشهر الصوم رمضان وحده وكذا الجماعة تجوز في
كل يوم والمسمى بيوم الجمعة يوم واحد لان الاضافة الى الوقت لا تتحقق
الا اذا كانت موجودة فيه بلا شك ولا تكون موجودة فيه بيقين الا اذا كانت
واجبة وانما لا تجب على المسافر لان اداءها يختص باسباب تشق على المسافر
وتفوت بمضي الوقت فلا تجب عليه لدفع الحرج عنه كالجمعة بخلاف الزكاة وصدقة
الفطر فانهما لا يفوتان بمضي الوقت فلا يحرج والمراد بالارادة فيما روي
ما هو ضد السهو لا التخيير لانه غير مخير اجماعا لان التخيير يعم في المباح
والعتيرة منسوخة وهي شاة تذبح في رجب اي في العشر الاول منه
في ابتداء الاسلام والاضحية ليست بمنسوخة وانما اشترط فيها الحرية لانها
قربة مالية فلا تتأدى الا بالملك والمالك هو الحر والاسلام لان القربة
لا تتأدى الا من المسلم والاقامة لما بينا واليسار لما روينا ولان العبادة
لا تجب الا على القادر وهو الغني دون الفقير ومقداره ما تجب فيه صدقة
الفطر والوقت وهو ايام النحر لانها مختصة بها على ما بينا فيشترط ان
يكون غنيا في ايام النحر ولو كان فقيرا فايسر فيها يجب لانه ادرك وقتها
وهو غني لان الموجود في بعض الوقت كالموجود في اوله وقيل لا يجب عليه
لان الوجوب يتعلق بطلوع الفجر والفقير ليس من اهله فجعله في هذه
الرواية نظير صدقة الفطر وقوله عن نفسه لانه اصل في الوجوب

عليه

عليه وقوله لا عن طفله اي لا يجب عليه عن اولاده الصغار لانها قربة محضة
والاصل في العبادات ان لا تجب على احد بسبب غيره بخلاف صدقة الفطر
لان فيها معنى المؤنة والسبب فيها رأس يمونه ويلي عليه وهذا المعنى يتحقق في
حق الولد في صدقة الفطر دون الاضحية ولهذا لا يجب عليه عن عبده وصدقة
الفطر تجب عليه عنه وروى الحسن عن ابي حنيفة ان الاضحية تجب عليه عن
ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر ثم على هذه الرواية
لو ولد له ولد في ايام النحر فعلى الروايتين المذكورتين في العباد فيها والاول
ظاهر الرواية وقد بينا وجهه وان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه
من ماله عند ابي حنيفة وقال محمد وزفر والشافعي يضحي عنه من مال نفسه
لا من مال الصغير والخلاف في الاضحية كالخلاف في صدقة الفطر وقيل
لا يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم جميعا لان القربة تتأدى بالاراقة
والصدقة بعدها تطوع ولا يجوز ذلك من مال الصغير في قولهم جميعا لان الاراقة
اتلاف والاب لا يملكه في مال الصغير كالاعتاق وكذا التصدق به ولكن
الصغير ان يأكل اللحم كله والاصح انه يضحي من ماله ويأكل منه ما امكنه ويبتاع
بما بقي ما ينتفع بعينه كذا ذكر صاحب الهداية وفي الكافي الاصح انه لا يجب ذلك
وليس للاب ان يفعله من ماله اي من مال الصغير وقوله شاة او سبع بدنة
بيان للقدر الواجب والقياس ان لا تجوز البدنة كلها الا عن واحد لان الاراقة
قربة واحدة وهي لا تتجزى الا انا تركناه بالاثر وهو ما روي عن جابر
رضي الله عنه انه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن
سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي على اصل القياس ويجوز
عن ستة او خمسة او ثلاثة ذكره محمد في الاصل لانه لما جاز عن السبعة فعن
من دونه اولى ولا يجوز عن ثمانية لعدم النقل فيه فبقي على الاصل وكذا
اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع ولا يجوز عن الكل لان نصيبه اذا خرج

من ان يكون قربة خرج الكل من ان يكون قربة على ما بيناه في الهدي وقال
مالك يجوز الواحدة عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة ولا يجوز
عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عليه السلام على اهل كل بيت
في كل عام اضحاة وعتيرة قلنا المراد منه والله اعلم قيم اهل البيت لان اليسار
له حذف المضاف واقام المضاف اليه مقامه يؤيده ما يروى على كل مسلم
في كل عام اضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين تجوز
في الاصح لان نصف السبع تكون تبعا لثلاثة الاسباع واذا جاز على
الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموه جزافا لا يجوز الا

اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد كالبيع لان القسمة فيها معنى المبادلة ولو اشترى
بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشرك ستة معه اجزاه استحسانا وفي القياس
لا يجوز وهو قول زفر لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا وفي الاشراك ذلك
فلا يجوز وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة وقد لا يظفر بالشركا وقت
الشرا فيشتريها ثم يطلب الشركا ولو لم يجز ذلك لحرجوا وهو مدفوع شرعا والاحسن
ان يفعل ذلك قبل الشرا او لا يشتري حتى يجتمعوا فربما يريد من الشركا ليخرج
من الخلاف وعن صورة الرجوع وعن ابي حنيفة مثل قول زفر قال ولا يذبح
مصري قبل الصلاة وذبح غيره اي لا يجوز لاهل المصر ان يذبحوا الاضحية قبل ان
تصلي صلاة العيد يوم الاضحى وغيره اي غير اهل المصر يجوز لهم ذبحها بعد طلوع
الفجر قبل ان يصلي الامام صلاة العيد والاصل فيه قوله عليه السلام من
ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاة تم نسكه واصاب
سنة المسلمين وقال عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم
الاضحية قال ذلك في حق من عليه صلاة العيد كيلا يشتغل عنها بها فلا
معنى للتاخير في حق القروي اذ لا صلاة عليه وهو حجة على مالك والشافعي
في نفيهما الجواز بعد الصلاة قبل نحر الامام والمعتبر في ذلك مكان الاضحية
حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر وفي العكس لا يجوز
الا بعد الصلاة وحيلة المصري اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج
المصر في موضع يجوز للمسافر ان يقصر فيه فيضحي فيه كما طلع الفجر لان وقتها
من طلوع الفجر وانما اخرت الى ما بعد الصلاة في المصر كما ذكرنا وهذا لانها
تشبه الزكاة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكاة تسقط
بهلاك النصاب فيعتبر في الاداء مكان المحل وهو المال لا مكان الفاعل اعتبارا
بها بخلاف صدقة الفطر حيث يعتبر فيها مكان الفاعل لانها تتعلق في الذمة
والمال ليس بمحل لها ولهذا لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم
الفطر ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد قبل ان تصلي اهل الجبانة اجزاه استحسانا
لانها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزاتهم فيكون الذبح عقيب صلاة
معتبرة وان كان على العكس فعلى القياس والاستحسان وقيل يجوز قياسا
واستحسانا لان المسنون في صلاة العيد الخروج الى الجبانة فكانت
الصلاة الاخرى كالخلف عنه ولو ذبح بعد ما قعد الامام قدر التشهد قبل ان
يسلم لم يجز خلافا للحسن ولو لم يصل الامام العيد في اليوم الاول اخروا
التضحية الى الزوال ثم ذبحوا ولا يجزيهم التضحية ما لم يصل الامام في
اليوم الاول الا بعد الزوال فحينئذ يجوز لخروج وقتها وكذا في اليوم الثاني

لا يجزيهم قبل الزوال الا اذا كانوا لا يرجون ان يصلي الامام فحينئذ يجزيهم قبل
الزوال هكذا ذكره في المحيط وذكر فيه ايضا ان التضحية في الغد وبعد
الغد تجوز قبل الصلاة لانه فات وقت الصلاة بزوال الشمس في اليوم
الاول والصلاة في الغد يقع قضاء لا اداء فلا تظهر هذا في حق التضحية
وقال هكذا ذكره القدوري في شرحه ولو صلى الامام ثم تبين انه صلى بغير
طهارة تعاد الصلاة دون الاضحية لان من العلماء من قال لا يعيد الصلاة
الا الامام وحده وكان للاجتهاد فيه مساغ فجعلناه عذرا في جوازه
التضحية تحريا للجواز وصيانة لاضاحيهم عن الفساد ولو وقعت في البلد
فتنة ولم يبق فيها وال ليصلي بهم العيد فضحوا بعد طلوع الفجر
اجزاهم لان البلدة صارت في هذا الحكم كالسواد ولو شهدوا عند الامام
انه يوم العيد فصلى ثم انكشف انه يوم عرفة اجزاتهم الصلاة والتضحية
لانه لا يمكن التحرز عن مثل هذا الخطا فيحكم بالجواز صيانة لجمع المسلمين
بخلاف ما اذا صلى بغير شهادة لانه لا يتعذر التحرز عن مثله ووقتها
ثلاثة ايام اولها افضلها يروى ذلك عن عمر وعلي وابن عباس موقوفا
عليهم وهو كالمرفوع في مثله من المقادير لان الراي لا يهتدي اليه فيحمل
عليه وانما كان اولها افضل لان فيه مسارعة الى الخير ويجوز الذبح في
لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط في الظلمة وايام النحر ثلاثة وايام
التشريق ايضا ثلاثة والكل يمضي باربعة اولها نحر لا غير واخرها
تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها افضل من التصدق
بثمن الاضحية لانها تقع واجبة ان كان غنيا وسنة ان كان فقيرا وهي واجبة
عند البعض وسنة عند البعض والتصدق بالثمن تطوع محض فكانت هي
افضل ولانها تفوت بفوات وقتها والتصدق لا يفوت فكانت افضل
ونظيره الطواف للافاقي افضل من الصلاة لانه بالرجوع يفوته بخلاف
المكي فان الصلاة افضل في حقه لانها خير موضوع ولو لم يضح حتى مضت
ايام النحر وكان غنيا وجب عليه ان يتصدق بالقيمة سوا كان اشترى
او لم يشتر لانها واجبة في ذمته فلا يخرج من العهدة الا بالاداء كالجمعة
تقضى ظهرا والصوم بعد العجز فدية وان كان فقيرا فان كان اشترى
الاضحية او اوجب على نفسه بالنذر وجب عليه ان يتصدق بذلك الذي
اوجبه او اشتراه لانها تعينت بالشرا بنية الاضحية او بالنذر فلا يجزيه
غيرها الا اذا كان قدر قيمتها بخلاف الغني لان الاضحية واجبة في ذمته
فيجزيه التصدق بالشاة عينا او بقيمتها ولا يجب عليه اكثر من ذلك لا

التزم التضحية بالنذر وعنى به غير الواجب في ذمته فحينئذ يجب عليه ان يتصدق بالمنذور كما بيناه في حق الفقير مع الواجب الذي في ذمته وهي الشاة التي وجبت بسبب اليسار وكذا اذا اطلق النذر ولم يرد به الواجب في ذمته يجب عليه غيره معه وان اراد به الواجب بسبب الغنى لا يلزمه غيره لان النذر ايجاب والايجاب ينصرف الى غير الواجب ظاهرا ولكن يحتمل الصرف الى الواجب تاكيدا له ونظيره النذر بالحج وعليه حجة الاسلام فانه يلزمه حجة اخرى الا اذا عنى به ما هو الواجب عليه

قال ويضحي بالجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن بل اولى لما قلنا قال والخصي وعن ابي حنيفة هو اولى لان لحمه اطيب وقد صح انه عليه السلام ضحى بكبشين املحين موجوئين الاملح الذي فيه ملحة وهو البياض الذي يشقه شعرات سود وهي من لون الملح والوجء الخصي الوجا هو ان يضرب عروق الخصية بشيء

قال والثولاء وهي المجنونة لانه لا يخل بالمقصود اذا كانت تعتلف بان كانت سمينة ولم يمنعها من السوم والرعي وان كان يمنعها منه لا يجزيه والجرباء ان كانت سمينة ولم يتلف جلدها جاز لانه لا يخل بالمقصود قال لا بالعمياء والعوراء والعجفاء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك اي المذبح لما روي عن البراء بن عازب انه عليه السلام قال اربع لا تجوز في الاضاحي العوراء البين عورها والمريضة البين مرضها والعرجاء البين ظلعها والعجفاء التي لا تنقي رواه ابو داود والنسائي وجماعة اخر وصححه الترمذي قال ومقطوع اكثر الاذن او الذنب او العين او الالية لقول علي رضي الله عنه امرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نستشرف العين والاذن وان لا نضحي بمقابلة ولا مدابرة ولا شرقاء ولا خرقاء رواه ابو داود والنسائي وغيرهما وصححه الترمذي المقابلة قطع من مقدم اذنها والمدابرة قطع من مؤخر اذنها والشرقاء ان يكون الخرق في اذنها طولا والخرقاء ان يكون عرضا وان بقي اكثر الاذن جاز وكذا اكثر الذنب لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا وهذا لان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا وعن ابي حنيفة ان الثلث اذا ذهب وبقي الثلثان يجوز وان ذهب اكثر من الثلث لا يجوز لان الثلث ينفذ فيه الوصية من غير اجازة الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا ينفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لانه يحكي حكاية الكل ويروى ان ذهاب الثلث مانع لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال ابو يوسف ومحمد اذا بقي اكثر من النصف اجزاه

اعتبارا

اعتبارا للحقيقة وهو اختيار ابي الليث وقال ابو يوسف اخبرت بقولي ابا حنيفة فقال قولي كقولك قيل هو رجوع الى قول ابي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما وتاويل ما رويناه اذا كان بعض الاذن مقطوعا على اختلاف الروايات لان مجرد الشق من غير ذهاب شيء من الاذن لا يمنع ثم معرفة مقدار الذاهب والباقي متيسر في غير العين وفي العين قالوا تشد عينها المعيبة بعد ان جاعت ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا رآته في موضع اعلم ذلك الموضع ثم تشد عينها الصحيحة ويقرب العلف اليها شيئا فشيئا حتى اذا رآته من مكان اعلم عليه ثم ينظر الى ما بينهما من التفاوت فان كان نصفا او ثلثا او غير ذلك فالذاهب هو ذلك القدر والهتماء لا تجوز وهي التي لا اسنان لها وعن ابي يوسف انه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة كالاذن والذنب وعنه انه ان بقي ما يمكن الاعتلاف به اجزاه لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز وان كان صغيرا يجوز ولا يجوز الجلالة وهي التي تاكل العذرة ولا تاكل غيرها ولا الجداء وهي المقطوعة ضرعها ولا المصرمة وهي التي لا تستطيع ان ترضع فصيلها ولا الجدا وهي التي يبس ضرعها ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع من التضحية كان عليه ان يقيم غيرها مقامها ان كان غنيا وان كان فقيرا يجزيه ذلك لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم يتعين بالشراء والفقير ليس عليه واجب شرعا فتعينت بشرائه بنية الاضحية ولا يجب عليه ضمان نقصانها لانها غير مضمونة عليه فاشبهت نصاب الزكاة وعن ابي سعيد انه قال اشتريت كبشا اضحي به فعدا الذئب فاخذ الالية قال فسالت النبي صلى الله عليه وسلم فقال ضح به رواه احمد ويحمل على انه كان فقيرا لان الغني لا يجزيه لوجوبها في ذمته ولا كذلك الفقير لانها لا تجب عليه وانما تعينت بالشراء في حقه حتى لو اوجب الفقير اضحية على نفسه بغير عينها فاشترى اضحية صحيحة ثم تعيبت عنده فضحى بها لا يسقط عنه الواجب لانه وجب عليه اضحية كاملة بالنية من غير تعيين كالموسر وكذا لو كانت معيبة وقت الشراء لجاز ذبحها لما ذكرنا انه ليس بواجب عليه وعن هذا الاصل اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها اخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت او سرقت فاشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح احداهما وعلى المعسر ذبحهما وذكر الزعفراني في رجل اشترى شاة للاضحية واوجبها اضحية فضلت منه ثم اشترى مثلها واوجبها اضحية ثم وجدت الاولى فان اوجب الثانية ايجابا مستانفا فعليه

أن يضحي بها وإن أوجبها بعد لا عن الأولى فإن له أن يذبح أيتهما شاء لأن الإيجاب
يتحد فاتحد الواجب وهذا بناء على أصله أن الفقير إذا اشترى شاة
بنية الأضحية لا يتعين لها عنده حتى يجعلها بعد ذلك للأضحية بالإيجاب
لأن الشراء لم يوضع للإيجاب ولا يحتمل المجاز عنه لعدم الموافقة بينهما في
المعنى الخاص لأن الشراء موضوع لاستجلاب الملك والنذر بالأضحية موضوع
للإزالة فكان بينهما مضادة وفي ظاهر الرواية يتعين للأضحية بالشراء
لأن الشراء من الفقير بنية الأضحية بمنزلة النذر عرفا وعادة لأنا لا نجد
في العرف فقيرا اشترى شيئا للأضحية إلا ويضحي بها لا محالة فكان بها
ملتزما ولو أضجعها ليذبحها في يوم النحر فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها
أجزأه استحسانا خلافا لزفر والشافعي لأن حالة الذبح ومقدماته تلحق
بالذبح فصار كأنه تعيبت بالذبح حكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت
ثم أخذت من فورها وكذا بعد فورها عند محمد رحمه الله خلافا لأبي يوسف
لأنه حصل بمقدمات الذبح قال والأضحية من الإبل والبقر والغنم
لأن جواز التضحية بهذه الأشياء عرفت شرعا بالنص على خلاف القياس
فيقتصر عليها ويجوز بالجاموس لأنه نوع من البقر بخلاف بقر الوحش حيث لا
يجوز التضحية به لأن جوازها عرف بالشرع في البقر الأهلي دون الوحشي
والقياس ممتنع وفي المتولد منهما يعتبر الأم وكذا في حق الحل يعتبر الأم
قال ويجزئ الثني من الكل والجذع من الضأن لقوله عليه السلام
لا تذبحوا إلا مسنة إلا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن رواه
البخاري ومسلم وأحمد وجماعة وقال عليه السلام نعمت الأضحية الجذع من
الضأن رواه أحمد وقال عليه السلام يجوز الجذع من الضأن ضحية رواه
أحمد وابن ماجه وقالوا هذا إذا كان الجذع عظيما بحيث لو خلط بالثنايا
يشتبه على الناظر من بعيد والجذع من الضأن ما تمت له ستة أشهر عند
الفقهاء وذكر الزعفراني أنه ابن سبعة أشهر والثني من الضأن والمعز
ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الإبل ابن خمس سنين وفي المغرب الجذع
من البهائم قبل الثني إلا أنه من الإبل قبل السنة الخامسة ومن البقر
والشاة في السنة الثانية ومن الخيل في الرابعة وعن الزهري الجذع من
المعز لسنة ومن الضأن لثمانية أشهر قال وإن مات أحد السبعة
وقالت الورثة اذبحوا عنه وعنكم صح وإن كان شريك الستة نصرانيا
أو مريدا اللحم لم يجز عن واحد منهم ووجه الفرق أن البقرة تجوز عن سبعة
بشرط قصد الكل القربة واختلاف الجهات فيها لا يضر كالقران والمتعة

والأضحية لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الأول
لأن التضحية عن الغير عرفت قربة لأنه عليه السلام ضحى عن أمته ولم توجد
القربة في الوجه الثاني لأن النصراني ليس من أهلها وكذا قصد اللحم من
المسلم ينافيها وإذا لم يقع البعض قربة خرج الكل من أن يكون قربة لأن
الإراقة لا تتجزأ وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز وهو رواية عن أبي
يوسف لأنه تبرع بالإتلاف فلا يجوز عن غيره كالإعتاق عن الميت قلنا
القربة قد تقع عن الميت كالتصدق لما روينا بخلاف الإعتاق لأن فيه إلزام
الولاء للميت ولو كان بعض الشركاء صغيرا أو أم ولد بأن ضحى عن الصغير
أبوه وعن أم الولد مولاها وإن لم يجب عليهما جاز لأن كلها وقعت قربة
ولو ذبحوها بغير إذن الورثة فيما إذا مات أحدهم لا يجزيهم لأن بعضها لم يقع
قربة بخلاف ما تقدم لوجود الإذن من الورثة قال ويأكل من لحم الأضحية
ويؤكل غنيا ويدخر لما روي أنه عليه السلام نهى عن أكل لحوم الضحايا بعد ثلاث
ثم قال بعد كلوا وتزودوا وادخروا رواه مسلم والنسائي وقال عليه السلام
فيه بعد النهي عن الادخار كلوا وأطعموا وادخروا الحديث رواه البخاري
وأحمد والنصوص فيه كثيرة وعليه إجماع الأمة ولأنه لما جاز له أن يأكل
منه وهو غني فأولى أن يجوز له إطعام غيره وإن كان غنيا قال
ويندب أن لا ينقص الصدقة من الثلث لأن الجهات ثلث الإطعام والأكل
والادخار لما روينا ولقوله تعالى وأطعموا القانع والمعتر أي السائل
والمعترض للسؤال فانقسم عليها أثلاثا وهذا في الأضحية الواجبة والسنة
سواء إذا لم يكن واجبة بالنذر وإن وجبت بالنذر فليس لصاحبها أن يأكل
منها شيئا ولا أن يطعم غيره من الأغنياء سواء كان الناذر غنيا أو فقيرا لأن
سبيلها التصدق وليس للمتصدق أن يأكل من صدقته ولا أن يطعم الأغنياء
قال ويتصدق بجلدها أو يعمل منه نحو غربال وجراب لأنه جزء منها وكان
له التصدق والانتفاع به ألا ترى أن له أن يأكل لحمها ولا بأس بأن يشتري
به ما ينتفع بعينه مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لأن للبدل حكم
المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به إلا بعد الاستهلاك نحو اللحم والطعام ولا
يبيعه بالدراهم لينفق الدراهم على نفسه وعياله والمعنى فيه أنه لا يتصرف
على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح حتى لا يبيعه بما لا ينتفع به إلا
بعد الاستهلاك ولو باعهما بالدراهم ليتصدق بها جاز لأنه قربة كالتصدق
بالجلد واللحم وقوله عليه السلام من باع جلد أضحيته فلا أضحية له يفيد
كراهية البيع وأما البيع فجائز لوجود الملك والقدرة على التسليم ولا يعطي

اجرة الجزار منها شيئا لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطامها
ولا يعط اجر الجزار منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع لانه في معنى البيع لانه ياخذه
بمقابلة عمله فصار معاوضة كالبيع ويكره ان يجز صوفها قبل الذبح لينتفع
به لانه التزم اقامة القربة بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح لان القربة
قد اقيمت بها والانتفاع بعدها مطلق له ويكره له الانتفاع بلبنها كما في
الصوف ومن اصحابنا من اجاز الانتفاع للغني بلبنها وصوفها لان الواجب
في حقه في الذمة فلا يتعين **قال** وندب ان يذبح بيده ان علم ذلك لان
الاولى في القرب ان يتولاها الانسان بنفسه وان امر به غيره فلا يضره لانه
عليه السلام ساق مائة بدنة فنحر منها بيده نيفا وستين ثم اعطى الحربة
عليا فنحر الباقي وان كان لا يحسن ذلك فالافضل ان يستعين بغيره
كيلا يجعلها ميتة ولكن ينبغي له ان يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة
قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب **قال**
ويكره ذبح الكتابي لانها قربة وهو ليس من اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل
الذكاة والقربة اقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا امر المجوسي لانه
ليس من اهل الذكاة فكان افسادا لا تقربا **قال** ولو غلطا وذبح كل
اضحية صاحبه صح ولا يضمنان وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز ويضمن
ويضمن كل واحد منهما لصاحبه وهو قول زفر لانه متعد في الذبح بغير امره
فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب والتضحية قربة فلا يتادى بنية
غيره وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه
ان يضحي بها بعينها في ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك
مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح فصار ماذونا له دلالة لانها تفوت
بمضي هذه الايام ويخاف ان يعجز عن اقامتها لعارض يعتريه فصار كما اذا ذبح شاة
شد القصاب رجلها وكيف لا ياذن له وفيه مسارعة الى الخير وتحقيق ما عينه
ولا يبالي بفوات مباشرته وشهوده لحصول ما هو اعظم من ذلك وهو ما بيناه
فيصير اذنا دلالة وهو كالصريح ومن هذا الجنس مسائل استحسانية لعلمائنا
ذكرناها في الاحرام عن الغير ثم اذا جاز ذلك عنهما ياخذ كل واحد منهما
اضحيته ان كانت باقية ولا يضمنه لانه وكيله فان كان كل واحد منهما
اكل ما ذبحه يحلله كل واحد منهما صاحبه فيجزيه لانه لو اطعمه الكل في الابتداء
يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يحلله في الانتهاء وان تشاحا كان لكل
واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانه بدل
عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت عن المالك

كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه وذكر في المحيط
مطلقا من غير قيد فقال ذبح اضحية غيره بلا امره جاز استحسانا ولا
يضمن لانه في العرف لا يتولى صاحب الاضحية ذبحها بنفسه بل يفوض الى غيره
فصار ماذونا له دلالة كالقصاب اذا شد رجل شاة للذبح فذبحها انسان
بغير اذنه لا يضمن ولو باع اضحيته واشترى بثمنها غيرها فان كان الثاني
انقص من الاول تصدق بما فضل ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز
عن اضحيته لانه ملكها بالغصب السابق بخلاف ما لو كانت وديعة لانه يضمنها
بالذبح فلم يثبت له الملك الا بعده ولو ذبح اضحية غيره بغير امره عن نفسه
فان ضمنه المالك قيمتها يجوز عن الذابح دون المالك لانه ظهر ان الاراقة
حصلت على ملكه على ما بيناه في الغصوبة وان اخذها مذبوحة اجزأت المالك
عن التضحية لانه قد نواها فلا يضره ذبحها غيره على ما بيناه والله تعالى اعلم

كتاب الكراهة

هي ضد الارادة والرضا في اللغة **قال** المكروه الى الحرام اقرب ونص
محمد ان كل مكروه حرام وانما لم يطلق عليه لفظ الحرام لانه لم يجد فيه نصا
وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه الى الحرام اقرب ولقبه بباب الكراهية وفيه
غير مكروه لان بيان المكروه اهم لوجوب الاحتراز عنه والقدوري لقبه بالحظر
والاباحة وهو صحيح لان الحظر المنع والاباحة الاطلاق وفيه بيان ما اباح
الشرع وما منع ولقبه بعضهم بالاستحسان لان فيه بيان ما حسنه الشرع وقبحه
ولفظة الاستحسان احسن فلقبه به اولا لان اكثر مسائله استحسان لا مجال
للقياس فيها وبعضهم لقبه بكتاب الزهد والورع لان كثيرا من مسائله اطلقه الشرع
والزهد والورع تركها وهذا الكتاب يشتمل على فصول **فصل في
كراهة الشرب قال** رحمه الله كره لبن الاتان لان اللبن متولد من اللحم
فصار مثله وكذا لبن الخيل يكره عند ابي حنيفة كلحمه عنده ذكره قاضي خان في
فتاواه ولا تؤكل الجلالة ولا يشرب لبنها لانه عليه السلام نهى عن اكلها
وشرب لبنها والجلالة هي التي تغتذى اكل الجيف والنجاسات ولا تخلط فيتغير
لحمها فيكون منتنا ولو حبست حتى تزول النتن حلت ولم يقدر لذلك مدة
في الاصل وقدر في النوادر بشهر وقيل باربعين يوما في الابل والعشرين يوما
في البقر وبعشرة ايام في الشاة وثلاثة ايام في الدجاجة اما التي تخالط
بان تتناول النجاسة والجيف وتتناول غيرها على وجه لا يظهر اثر ذلك في
لحمها فلا باس به ولهذا يحل اكل جدي غذي بلبن الخنزير لان لحمه لا يتغير
وما غذي به يصير مستهلكا لا يبقى له اثر وعلى هذا قالوا لا باس باكل الدجاج

لانه يخلط ولا يتغير لحمه وروي انه عليه الصلاة والسلام كان يأكل الدجاج
وما روي ان الدجاج يحبس ثلاثة ايام ثم يذبح فذاك على سبيل التنزه لا انه
شرط ولو سقي ما يؤكل لحمه خمرا فذبح من ساعته حل اكله ويكره **قال** والاكل
والشرب والادهان والتطيب من اناء ذهب وفضة للرجل والمراة لما روي
عن حذيفة انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تلبسوا
الحرير ولا الديباج ولا تشربوا في آنية الذهب والفضة ولا تأكلوا في
صحافها فانها لهم في الدنيا ولكم في الآخرة رواه البخاري ومسلم واحمد
وعن ام سلمة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان الذي يشرب في آنية الفضة
انما يجرجر في بطنه نار جهنم رواه البخاري ومسلم واحمد وقال عليه السلام
ان الذي يأكل او يشرب في آنية الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم
رواه مسلم وعن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في
الذي يشرب في اناء فضة كانما يجرجر في بطنه نار جهنم رواه احمد وابن ماجه
وعن البراء بن عازب انه قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشرب
في الفضة فانه من شرب فيها في الدنيا لم يشرب فيها في الآخرة رواه مسلم
فاذا ثبت ذلك في الشرب والاكل فكذا في التطيب وغيرهما لانه مثله
في الاستعمال فيكون الوارد فيهما واردا فيما هو بمعناه دلالة لما عرف
في موضعه ولانه تنعم بنعم المترفين والمسرفين وتشبه بهم وقد قال الله
فيهم اذهبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا وقال عليه السلام من تشبه بقوم
فهو منهم والمراد بقوله كره التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء
لاطلاق ما روينا وكذا الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال
بميلها لاطلاق ما روينا وكذا الاكل بملعقة الذهب والفضة وما اشبه
ذلك من الاستعمال ومعنى يجرجر يردد من جرجر الفحل اذا ردد صوته في حنجرته
وقال في النهاية قيل صورة الادهان المحرم هو ان يأخذ آنية الذهب
والفضة ويصب الدهن على الراس اما اذا ادخل يده فيها واخذ
الدهن ثم صبه على الراس من اليد لا يكره قال كذا ذكره في الذخيرة
قال لا من رصاص وزجاج وبلور وعقيق اي لا يكره استعمال الاواني
من هذه الاشياء وقال الشافعي رحمه الله يكره لانه في معنى الذهب والفضة
في التفاخر به قلنا لا نسلم ولئن كانت عادتهم جارية بالتفاخر في غير
الذهب والفضة فلم تكن هذه الاشياء في معناهما فامتنع الالحاق بهما
ويجوز استعمال الاواني من الصفر لما روي عن عبد الله بن زيد انه قال
اتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخرجنا له ماء في تور من صفر فتوضأ

منه

منه رواه البخاري وابو داود وغيرهما ويمكن ان يستدل به على اباحة غير
الذهب والفضة لانه في معناه بل عينه **قال** وحل الشرب من اناء مفضض
والركوب على سرج مفضض والجلوس على كرسي مفضض ويتقي موضع الفضة
اي يتقي موضعها بالفم وقيل بالفم واليد في الاخذ وفي السرير والسرج
والكرسي موضع الجلوس وكذا الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي
المضبب بهما وكذا لو جعل ذلك في نصل السيف والسكين او في قبضتهما
ولم يضع يده في موضع الذهب والفضة وكذا اذا جعل ذلك في المجمرة او حلقة
المراة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذا المفضض من اللجام
والركاب والثفر لا يكره وكذا الثوب اذا كان فيه كتابة بذهب او فضة
وهذا كله عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف يكره ذلك كله وقول
محمد يروى مع ابي حنيفة ومع ابي يوسف رحمة الله عليهم وهذا الاختلاف
فيما يخلص واما التمويه الذي لا يخلص فلا باس به بالاجماع لانه مستهلك
فلا عبرة ببقائه لونا لابي يوسف ما روي عن ابن عمر انه عليه السلام قال
من شرب في اناء ذهب او فضة او اناء فيه شيء من ذلك فانما يجرجر في بطنه
نار جهنم رواه الدارقطني واحتج ايضا بما روينا من الاخبار لانها مطلقة
غير مقيدة بشيء من ذلك ولان من استعمل اناء كان مستعملا لكل جزء منه فيكره
كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة ما روي عن انس ان
قدح النبي صلى الله عليه وسلم انكسر فاتخذ مكان الشعب سلسلة من فضة
رواه البخاري ولاحمد عن عاصم الاحول قال رايت عند انس قدح النبي
صلى الله عليه وسلم فيه ضبة فضة ولان الاستعمال قصدا للجزء الذي
يلاقيه العضو وما سواه تبع له في الاستعمال فلا يكره وصار كالجبة المكفوفة
بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في فص الخاتم وكالعمامة المعلمة
بالذهب وروي ان هذه المسئلة وقعت في مجلس ابي جعفر الدوانيقي وابو
حنيفة وائمة عصره حاضرون فقالت الائمة يكره وابو حنيفة ساكت
فقيل له ما تقول فقال ان وضع فاه في موضع الفضة يكره والا فلا فقيل
له من اين لك فقال ارايت لو كان في اصبعه خاتم فضة فشرب من كفه ايكره
ذلك فوقف الكل وتعجب ابو جعفر من جوابه **قال** ويقبل قول الكافر
في الحل والحرمة وهذا سهو لان الحل والحرمة من الديانات ولا يقبل
قول الكافر في الديانات وانما يقبل قوله في المعاملات خاصة للضرورة
لان خبره صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة
ماسة الى قبول قوله لكثرة وقوع المعاملات ولا يقبل في الديانات

لعدم الحاجة اما اذا كان قوله في المعاملات تتضمن قبوله في الديانات
فحينئذ تدخل الديانات في ضمن المعاملات فيقبل قوله فيها ضرورة وكم من
شيء يصح ضمنا وان لم يصح قصدا الا ترى ان بيع الشرب وحده لا يجوز وتبعا
للارض يجوز فكذا هنا يدخل حتى اذا كان له خادم او اجير مجوسي فارسله
ليشتري له لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله
وان قال اشتريته من مجوسي لا يسعه اكله لانه لما قبل في حق الشراء منه لزمه
قبوله في حق الحل والحرمة ضرورة لما ذكرنا وان كان لا يقبل قوله فيه
قصدا بان قال هذا حلال او قال هذا حرام **قال** والمملوك والصبي
في الهدية والاذن والفاسق في المعاملات اي خبر هؤلاء لا يقبل فيما ذكره
لانه من المعاملات واصله ان المعاملات يقبل فيها خبر كل مميز حرا كان او عبدا
مسلما او كافرا صغيرا كان او كبيرا لعموم الضرورة الداعية الى سقوط اشتراط
العدالة فان الانسان قل ما يجد المستجمع لشرائط العدالة ليعامله او يستخدمه
ويبعثه الى وكلائه ونحو ذلك ولا دليل مع السامع يعمل به سوى الخبر فلو لم
يقبل خبره لامتنع باب المعاملات ووقعوا في حرج عظيم وبابه مفتوح ولان
المعاملات ليس فيها الزام واشتراط العدالة للالزام فلا معنى لاشتراطها
فيها لان الحال فيها حال مسالمة لا حال منازعة حتى يخاف فيه التزوير
والاشتغال بالاباطيل ولان المعاملات اكثر وقوعا واشتراط العدالة
فيما يؤدي الى الحرج فيشترط فيه التمييز لا غير فاذا قبل فيها قول المميز وكان
في ضمن قبول قوله فيها قبوله في الديانات يقبل قوله في الديانات ضمنا لما
ذكرنا حتى اذا قال مميز هذا اهدى اليك فلان او قالت جارية لرجل بعثني
مولاي اليك هدية وسعه الاخذ والاستعمال حتى جاز له الوطي بذلك الخبر
لان الحل والحرمة وان كانت من الديانات صارت تبعا للمعاملات فتثبت
بثبوت المعاملات ولان كل معاملة لا تخلوا عن ديانة فلو لم تقبل فيها
وفي ضمن المعاملات لادى الى الحرج وكان ينسد باب المعاملات بالكلية وهو
مفتوح فيقبل قول المميز فيها ضرورة بخلاف الديانات المقصودة لانها
لا تكثر وقوعا كالمعاملات فلا حرج في اشتراط العدالة ولا حاجة الى
قبول قول الفاسق لانه متهم فيها وكذا الكافر والصغير متهمان ولانهما
لا يلتزمان الحكم فليس لهما ان يلزما غيرهما بخلاف المعاملة لانها جائزة
معهما ومن ضرورة جوازها معهما قبول قولهما لانها لا يتهيا الا بقبول قولهما
ولا يقبل في الديانات قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة
انه يقبل فيها بناء على ما شاهد من اهل عصره لان الصلاح كان غالبا فيه

وهذا

ولهذا اجاز القضاء بشهادته والظاهر انه كالفاسق حتى يعتبر في خبره في
الديانات اكبر الراي كما في خبر الفاسق لظهور الفساد في زماننا وتقبل
قول العبيد والاماء اذا كانوا عدولا لترجح جانب الصدق كخبر الحر اذا كان
عدلا ومن المعاملات التوكيل والاذن في التجارة وكل شيء ليس فيه الزام ولا
ما يدل على النزاع فان كان فيه شيء من ذلك لا يقبل فيه خبر الواحد على ما بينه
في فصل البيع من هذا الكتاب ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا
اخبره عدل انه نجس تيمم ولا يتوضأ به وان كان المخبر فاسقا تحرى فيه وكذا
اذا كان مستورا في الصحيح فان غلب على ظنه انه صادق تيمم ولا يتوضأ به
وان اراقه ثم تيمم كان احوط لان التحري مجرد ظن فلا يسقط به احتمال الكذب
فيه بخلاف خبر العدل لانه لا يحتمل الكذب فلا حاجة الى الاراقة قد سبقه
ولو كان اكبر رايه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب وهذا
جواب الحكم واما الاحتياط فانه يتيمم ايضا لان التحري مجرد ظن فلا يمنع احتمال
صدقه ومن الديانات الحل والحرمة المقصودان وان لم يكن فيهما زوال الملك
فحاصله ان محل الخبر انواع احدها خبر الرسول عليه السلام فيما ليس فيه
عقوبة فيشترط فيه العدالة لا غير والثاني خبره عليه السلام فيما فيه
عقوبة فهو كالاول عند ابي يوسف وهو اختيار الجصاص خلافا لابي الحسن
الكرخي حيث يشترط فيه التواتر عنده وشهر رمضان من القسم الاول والثالث
حقوق العباد فيما فيه الزام من كل وجه فيشترط فيها العدالة والعدد
ولفظة الشهادة والحرية والرابع حقوق العباد فيما فيه الزام من وجه
دون وجه فيشترط فيها احد شطري الشهادة اما العدد او العدالة
عند ابي حنيفة خلافا لصاحبيه يقبل فيها عندهما خبر كل مميز والخامس المعاملات
فيقبل فيها خبر كل مميز على ما بينا وقد بينا امثلة كل قسم في موضعه من كتاب
النكاح ومن كتاب الوكالة والشهادة **قال** ومن دعي الى وليمة وثمة
لعب وغناء يقعد ويأكل اي اذا حضرنا للعب والغنا هناك بعد حضوره
يقعد ويأكل ولا يترك ولا يخرج لان اجابة الدعوة سنة قال عليه
السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترنت
البدعة من غيره كصلاة الجنازة لا يتركها لاجل النائحة فان قدر على المنع
منعهم وان لم يقدر يصبر لقوله عليه السلام من راى منكم منكرا فليغيره
بيده فان لم يستطع فبلسانه وان لم يستطع فبقلبه وذلك اضعف الايمان
وقال ابو حنيفة ابتليت بهذا مرة هذا اذا لم يكن مقتدى به فان كان
مقتدى به ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين

وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكي عن ابي حنيفة كان قبل ان يصير مقتدى
به وان كان ذلك على المائدة فلا يقعد لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى
مع القوم الظالمين وان كان هناك لعب وغنا قبل ان يحضرها فلا يحضرها
لانه لا يلزمه اجابة الدعوة اذا كان هناك منكر وقال علي رضي الله عنه صنعت
طعاما فدعوت رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء فراى في البيت تصاوير فرجع
رواه ابن ماجة وعن ابن عمر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
مطعمين عن الجلوس على مائدة يشرب عليها الخمر وان ياكل وهو منبطح رواه
ابو داود ودلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب
وكذا قول ابي حنيفة ابتليت يدل على ذلك لان الابتلاء يكون بالمحرم قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم ليكونن من امتي اقوام يستحلون الحر والحرير
والخمر والمعازف اخرجه البخاري وفي لفظ ليشربن ناس من امتي الخمر يسمونها بغير
اسمها يعزف على رؤسهم بالمعازف والمغنيات يخسف الله بهم الارض ويجعل
منهم القردة والخنازير رواه ابن ماجة واختلفوا في التغني المجرد قال
بعضهم انه حرام مطلقا والاستماع اليه معصية لاطلاق ما روينا واليه
اشار في الكتاب وهو اختيار شيخ الاسلام ولو سمع بغتة فلا اثم عليه
ومنهم من قال لا باس بان يتغنى ليستفيد به نظم القوافي والفصاحة ومنهم
من قال يجوز التغني لدفع الوحشة اذا كان وحده ولا يكون على سبيل اللهو
واليه مال السرخسي رحمه الله لانه يروى ذلك عن بعض الصحابة رضي الله عنهم
اجمعين ولو كان في الشعر حكم او عبر او فقه لا يكره وكذا لو كان فيه ذكر امراة
غير معينة وكذا لو كانت معينة وهي ميتة وان كانت حية يكره فصل
في اللبس قال رحمه الله حرم للرجل لا للمراة لبس الحرير الا قدر اربع
اصابع اي حرم على الرجل لا على المراة لبس الحرير واللام بمعنى على قال
الله تعالى وان اساتم فلها اي فعليها وانما حرم لبس الحرير على الرجال دون
النساء لما روي عن ابي موسى الاشعري ان النبي صلى الله عليه وسلم احل الذهب
والحرير للاناث من امته وحرم على ذكورها رواه احمد والنسائي والترمذي
وصححه وعن عمر انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تلبسوا
الحرير فانه من لبسه في الدنيا لم يلبسه في الآخرة وعن انس مثله عن النبي صلى الله
عليه وسلم رواهما البخاري ومسلم واحمد الا ان اليسير عفو مقدار اربع اصابع
كما ذكرها هنا لما روي عن عمر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن
لبوس الحرير الا هكذا ورفع لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم السبابة والوسطى
وضمهما رواه احمد ومسلم والبخاري وفي لفظ نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين

اوثلاثة

او ثلاثة او اربعة رواه مسلم واحمد وابو داود وجماعة اخر وعن اسماء انها اخرجت
جبة طيالسية عليها لبنة شبر من ديباج كسرواني وفرجاها مكفوفين به
فقالت هذه جبة رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يلبسها كانت عند عائشة
رضي الله عنها فلما قبضت عائشة قبضتها الي فنحن نغسلها للمريض فيستشفى
بها رواه احمد ومسلم ولم يذكر لفظة الشبر وعن معاوية نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن ركوب النمار وعن لبس الحرير الا مقطعا رواه احمد وابو
داود والنسائي وكذا الثوب المنسوج بالذهب لا يكره اذا كان قدر اربع
اصابع وان كان اكثر من ذلك يكره وقال في المحيط وكذا تكة الحرير ولبسه
وهو العب لا يحل للرجال لانه استعمال تام قال وحل توسده وافتراشه
وهذا عند ابي حنيفة وقال محمد يكره له ذلك ذكره في الجامع الصغير وذكر
القدوري قول ابي يوسف مع محمد وذكره ابو الليث مع ابي حنيفة لمحمد ما روي
عن حذيفة انه عليه السلام نهانا ان نشرب في انية الذهب والفضة وان
ناكل فيها وعن لبس الحرير والديباج وان نجلس عليه رواه البخاري وعن
علي رضي الله عنه قال نهاني رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجلوس على
المياثر والمياثر شيء كانت تصنعه النساء لبعولتهن على الرحل كالقطائف
من الارجوان رواه مسلم والنسائي وقال سعد بن ابي وقاص لان اتكي على جمر
الغضا احب الي من ان اتكي على مرافق الحرير وعن علي انه اتي بدابة على سرجها
حرير فقال هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة ولان التنعم بالتوسد والافتراش
مثل التنعم باللبس وهو زي الاكاسرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضي الله
عنه اياكم وزي الاعاجم ولابي حنيفة رضي الله عنه ما روي ان النبي صلى
الله عليه وسلم جلس على مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام
فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع بينهما كون كل واحد منهما نموذجا
ونظيره انكشاف العورة في الصلاة فان القليل منه لا يفسد فكذا الكثير
في زمن قليل على ما عرف في موضعه وهذا الخلاف كرسي الفضة او الذهب
حيث لا يجوز ان يقعد عليه لانه استعمال تام في حقه اذ هما لا يلبسان فلا
يكون نموذجا لان عين الشيء لا يكون نموذجا وانما يكون نموذجا اذا كان
شيئا يسيرا منه قال ولبس ما سداه حرير ولحمته قطن او خز لان الصحابة
رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز وهو اسم لمسدى بالحرير ولان الثوب لا يصير
ثوبا الا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة او نقول لا يكون ثوبا
الا بهما فيكون العلة ذات وصفين فيعتبر اخرهما وهو اللحمة ولان اللحمة هي التي
تظهر في المنظر فتكون العبرة لما يظهر دون ما يخفى قال وعكسه

خلافه الحرب فقط اراد به عكس المذكور وهو ان يكون لحمته حريرا وسداه غير ذلك وهو
لا يجوز الا في الحرب لما ذكرنا ان العبرة للحمة عندهما في الحرب ضرورة ولا يجوز لبس
الحرير الخالص في الحرب عند ابي حنيفة وعندهما يجوز لما روي انه عليه السلام
رخص لبس الحرير والديباج في الحرب ولانه فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع
لمعرة السلاح واهيب في عين العدو لبريقه ولابي حنيفة اطلاق النصوص
الواردة في النهي عن لبس الحرير لانه لا تفصيل فيها بين حال وحال والضرورة
اندفعت بالمخلوط الذي لحمته حرير فلا حاجة الى الخالص منه والحاصل انه
ثلاثة انواع اما حرير خالص او مخلوط وهو نوعان اما ان يكون الحرير سدى
او لحمة وقد ذكرنا حكم كل واحد منها بتوفيق الله تعالى وقال محمد رحمه الله بلغنا ان ابا
يوسف اكره ثوب القز يكون بين الظهارة والبطانة ولا ارى بحشو القز
باسا لان الحشو غير ملبوس فلا يكون ثوبا **قال** ولا يتحلى الرجل بالذهب
والفضة الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة لما روينا غير ان
الخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة مستثنى تحقيقا لمعنى النموذج والفضة
اغنت عن الذهب لانهما من جنس واحد وقد وردت اثار في جواز التختم بالفضة
وكان للنبي عليه السلام خاتم فضة وكان في يده حتى توفي ثم في يد ابي بكر
الى ان توفي ثم في يد عمر الى ان توفي ثم في يد عثمان الى ان وقع منه في البير
فانفق مالا عظيما في طلبه فلم يجده ووقع الخلاف فيه والتشويش بينهم من
ذلك الوقت الى ان استشهد رضي الله عنه ولا يتختم بغير الفضة كالحجر
والحديد والصفر لما روي انه عليه السلام راى على رجل خاتم صفر فقال
ما لي اجد منك رائحة الاصنام وراى على اخر خاتم حديد فقال ما لي ارى عليك
حلية اهل النار وعن ابن عمر ان رجلا جلس الى النبي صلى الله عليه وسلم
وعليه خاتم ذهب فاعرض عنه فقام ثم عاد وعليه خاتم حديد فقال عليه
السلام هذا شر منه هذه حلية اهل النار ومن الناس من اطلق التختم
بالحجر يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر والتختم بالذهب حرام
لما روينا وعن علي رضي الله عنه انه عليه السلام نهى عن التختم بالذهب ولان
الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة الختم او النموذج وقد اندفعت بالادنى
وهي الفضة والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى
يجوز من الحجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف المراة لانه للزينة في حقها والاولى
ان لا يتختم اذا كان لا يحتاج اليه وان كان يحتاج الى الختم كالقاضي والسلطان
يختم به اذا كان من فضة ولا باس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص اي في ثقبه
لانه تابع كالعلم فلا يعد لابسا له ولا يزيد وزنه على مثقال لقوله عليه

السلام

السلام اتخذه من الورق ولا تزده على مثقال **قال** والادنى ان يترك التختم لغير
السلطان والقاضي ترك التختم وحرم التختم بالحجر والحديد والصفر
والذهب وحل مسمار الذهب يجعل في حجر الفص وقد بينا جميع ذلك **قال**
ولا يشد السن بالفضة اي يحل شد السن المتحرك بالفضة ولا يحل بالذهب
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله يحل بالذهب ايضا وهو
رواية عنهما لما روي ان عرفجة بن سعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ
انفا من فضة فانتن فامره النبي صلى الله عليه وسلم ان يتخذ انفا من ذهب
ولان الفضة والذهب من جنس واحد والاصل الحرمة فيهما فاذا حل
النص باحدهما حل بالاخر وجه المذكور هنا ان استعمالهما حرام الا
للضرورة وقد زالت بالادنى وهو الفضة فلا حاجة الى الاعلى فبقي على
الاصل وهو الحرمة والضرورة فيما روي لم تندفع بالفضة حيث انتنت
لان الاشكال في السن والمروي في الانف فلا يلزم من عدم الاغناء في الانف
عدم الاغناء في السن الا ترى ان التختم جاز ولا يحل الختم ثم لما وقع
الاستغناء بالادنى لا يتجاوز الى الاعلى ولا يجوز قياسه على الانف فكذا
هنا ويحتمل انه عليه السلام خص عرفجة بذلك كما خص زبير بن العوام وعبد
الرحمن بن عوف بلبس الحرير لاجل الحكة في جسمهما **قال** ويكره الباس
ذهب وحرير صبيا لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم
الالباس ايضا كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها الصبي وكذا الميتة والدم
قال ولا الخرقة للوضوء والمخاط والرتم اي لا يكره الخرقة للوضوء ولا
الرتم وفي الجامع الصغير يكره حمل الخرقة التي يمسح بها العرق لانها
بدعة محدثة وتشبه بزي الاعاجم ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم يفعل
ذلك ولا احد من اصحابه ولا من التابعين وانما كانوا يتمسحون باطراف
ارديتهم وفيها نوع تجبر وتكبر والصحيح انها لا تكره لان المسلمين قد
استعملوا في عامة البلدان مناديل الوضوء والخرق لمسح العرق والمخاط وحمل
شيء يحتاج اليه وما راه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن حتى لو حملها من
غير حاجة يكره كالتربع والاتكاء فانهما لا يكرهان اذا كانا لحاجة ويكرهان
من غير حاجة والرتم هي الرتيمة وهي خيط التذكر يعقد في الاصبع •

وكذلك الرتمة • قال الشاعر •

اذا لم تكن حاجاتنا في نفوسكم • فليس بمغن عنك عقد الرتائم •
وقيل الرتم ضرب من الشجر • وانشد ابن السكيت •
هل ينفعنك اليوم ان همت بهم • كثرة ما توصي وتعقاد الرتم •

وقال معناه ان الرجل كان اذا خرج الى سفر عمد الى هذا الشجر فشد بعض
اغصانه ببعض فاذا رجع واصابه على تلك الحالة قال لم تخنى امراتى
واذا اصابه قد انحل قال خانتنى هكذا المروي عن الثقات الا ان
الليث ذكر الرتم بمعنى الرتيمة كذا فى المغرب ثم الرتيمة قد تشتبه بالتميمة
على بعض الناس وهى خيط كان يربط فى العنق او فى اليد فى الجاهلية
لدفع المضرة عن انفسهم على زعمهم وهو منهى عنه وذكر فى حدود الايمان
انه كفر والرتيمة مباح لانها تربط للتذكر عند النسيان وليست كالتميمة
وقد روي انه عليه السلام امر بعض اصحابه بها وتعلق بها غرض صحيح فلا
يكره بخلاف التميمة فانه عليه السلام قال فيها ان الرقى والتمائم والتولة
شرك على ما يجي بيانه وتاويل الرقى فى اخر هذا الكتاب عند ذكر التداوي
بالحقنة ان شاء الله تعالى

فصل فى النظر والمس

قال رحمه الله ولا ينظر الى غير وجه الحرة وكفيها هذا الكلام فيه خلل لانه يؤدي
الى انه لا ينظر الى شى من الاشيا الا الى وجه الحرة وكفيها فيكون تحريضا
على النظر الى هذين العضوين والى ترك النظر الى كل شى سواهما وليس
هذا بمقصود فى هذه المسئلة وانما المقصود فيها انه يجوز له النظر الى
هذين العضوين لا انه لا ينبغى كلما وانما جاز النظر اليهما لقوله تعالى ولا يبدين
زينتهن الا لبعولتهن الا ما ظهر منها قال على وابن عباس رضي الله عنهم ما
ظهر منها الكحل والخاتم والمراد به موضعهما وهو الوجه والكف كما ان
المراد بالصلاة فى قوله تعالى لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى مواضعها
ولان فى ابدائهما ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال والاعطاء وغير
ذلك من المخالطة فيما ضرورة كالمشي فى الطريق ونحو ذلك والاصل ان
لا يجوز النظر الى المراة لما فيه من خوف الفتنة ولهذا قال عليه السلام
المراة عورة مستورة الا ما استثناه الشرع وهما العضوان وهذا يفيد
ان القدم لا يجوز له النظر اليها وعن ابي حنيفة انه يجوز لان فى تغطيته
بعض الحرج وعن ابى يوسف انه يباح النظر الى ذراعيها ايضا لانه يبدو منها
عادة وما عدا ذلك لا يستثنى من الاعضا لا يجوز له ان ينظر اليه لقوله عليه السلام
من نظر الى محاسن امراة اجنبية عن شهوة صب فى عينيه الانك يوم القيمة
قالوا ولا باس بالتامل فى جسدها وعليها ثياب ما لم يكن ثوب تبين
حجمها فيه فلا ينظر اليه حينئذ لقوله عليه السلام من تامل خلف امراة
وراى ثيابها حتى تبين له حجم عظامها لم يرح رائحة الجنة ولانه متى لم
يصف ثيابها ما تحتها من جسدها يكون ناظرا الى ثيابها وقامتها دون

اعضا

اعضائها فصار كما اذا نظر الى خيمة فيها امراة ومتى كان يصف يكون ناظرا
الى اعضائها **قال** ولا ينظر من اشتهى الى وجهها الا الحاكم والشاهد
وينظر الطبيب الى موضع مرضها والاصل فيه انه لا يجوز ان ينظر الى وجه
امراة اجنبية مع الشهوة لما روينا الا للضرورة اذا تيقن بالشهوة
او شك فيها وفى نظر القاضى اذا اراد ان يحكم عليها او الشاهد اذا
اراد الشهادة وفى نظر الطبيب الى موضع المرض ضرورة فيرخص لهم
احيا لحقوق الناس ودفعا لحاجتهم فصار كنظر الختان والخافضة
وكذا ينظر الى موضع الاحتقان لمرض لانه مداواة وكذا للهزال الفاحش
لانه امارة المرض ويجب على الشاهد والقاضي ان يقصد اداء الشهادة
والحكم لا قضاء الشهوة تحرزا عن القبيح بقدر الامكان هذا وقت الاداء واما
وقت التحمل فلا يجوز له ان ينظر اليها مع الشهوة لانه يوجد من لا يشتهي
فلا حاجة اليه وينبغي للطبيب ان يعلم امراة ان امكن لان نظر الجنس
اخف وان لم يمكن يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره
عن غير ذلك الموضع ما استطاع لان ما ثبت للضرورة يتقدر بقدرها
ولو اراد ان يتزوج امراة فلا باس بان ينظر اليها وان خاف ان يشتهيها
لقوله عليه السلام لمغيرة بن شعبة حين خطب امراة انظر اليها فانه
احرى ان يودم بينكما رواه الترمذي والنسائي وغيرهما ولان مقصوده
اقامة السنة لا قضاء الشهوة ولا يجوز له ان يمس وجهها ولا كفها وان
امن الشهوة لوجود المحرم وانعدام الضرورة والبلوى وقال عليه
السلام من مس كف امراة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمر يوم القيمة وهذا
اذا كانت شابة تشتهى واما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا باس بمصافحتها
ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روي ان ابا بكر رضي الله عنه
كان يدخل على بعض القبائل التى كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز
وعبد الله بن الزبير رضي الله عنه استاجر عجوزا لتمرضه وكانت تكبس رجليه
وتفلى راسه وكذا اذا كان شيخا يامن على نفسه وعليها وان كان لا يامن
عليها او على نفسه لا يحل له مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة فحاصله
انه يشترط لجواز المس ان يكونا كبيرين مامونين فى رواية وفى رواية
يكتفى بان يكون احدهما كبيرا مامونا لان احدهما اذا كان لا يشتهى لا يكون
المس سببا للوقوع فى الفتنة كالصغيرة ووجه الاولى ان الشاب
اذا كان لا يشتهى بمس العجوز فالعجوز تشتهي بمس الشاب لانها علمت بملاذ
الجماع فيؤدي الى الاشتها من احد الجانبين وهو حرام بخلاف ما اذا كان

احدهما صغيرا لانه لا يؤدي الى الاشتهاء من الجانبين لان الكبير كما لا يشتهي مس الصغير لا يشتهي الصغير ايضا مسه لعدم العلم ولهذا اذا ماتت صغيرة وصغير يغسله الرجل والمراة ما لم تبلغ حد الشهوة **قال** وينظر الرجل الى الرجل الا العورة وهي ما بين السرة والركبة والسرة ليست من العورة والركبة عورة وانما لم يبين الشيخ العورة هنا لانه بينها في كتاب الصلاة واكتفى بذلك وقد بينا الدليل هناك ثم حكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السوءة حتى ينكر عليه في كشف الركبة برفق وفي الفخذ بعنف وفي السوءة يضرب ان لج **قال** والمراة للمراة والرجل كالرجل للرجل ومعناه المراة للمراة والرجل للمراة كالرجل للرجل ان نظر المراة الى المراة والرجل كنظر الرجل الى الرجل حتى يجوز للمراة ان تنظر منهما الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل اذا امنت الشهوة والفتنة لان ما ليس بعورة لا يختلف فيه النساء والرجال فكان لها ان تنظر منه ما ليس بعورة وان كان في قلبها شهوة او في اكبر رايها انها تشتهي او شكت في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الرجل هو الناظر الى ما يجوز له النظر منها كالوجه والكف لا ينظر اليها حتما مع الخوف لانه يحرم عليه ووجه الفرق بين نظرها ونظره ان الشهوة عليهن غالبة وهي كالمتحقق حكما فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة من الجانبين واذا اشتهت هي لم توجد الا منها فكانت من جانب واحد والموجود من الجانبين اقوى في الافضاء الى الوقوع وانما كان للمراة ان تنظر من المراة الى ما جاز للرجل ان ينظر اليه من الرجل للمجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت فيما بينهن وعن ابي حنيفة رحمه الله ان نظر المراة الى المراة كنظر الرجل الى محارمه فلا يجوز لها ان تنظر من المراة الى الظهر والبطن في هذه الرواية بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف وفي الرواية الاولى يجوز وهي الاصح وما جاز للرجل ان ينظر اليه من الرجل جاز مسه لانه ليس بعورة ولا يخاف فيه الفتنة **قال** وينظر الرجل الى فرج امته وزوجته معناه عن شهوة وغير شهوة لما روي انه عليه السلام قال غض بصرك الا عن زوجتك وامتك وقالت عائشة رضي الله عنها كنت اغتسل ورسول الله صلى الله عليه وسلم من اناء واحد ولو لم يكن النظر مباحا لما تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه ولان ما فوق النظر وهو المس والغشيان مباح فالنظر اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد

العير

العير ولان النظر الى العورة يورث النسيان قال علي رضي الله عنه من اكثر النظر الى سوءته عوقب بالنسيان وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاولى ان ينظر الى فرج امراته وقت الوقاع ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة وعن ابي يوسف في الامالي انه قال سالت ابا حنيفة عن الرجل يمس فرج امراته او تمس هي فرجه ليتحرك عليها هل ترى بذلك باسا قال لا وارجو ان يعظم الاجر والمراد بالامة امته التي تحل له وطؤها واما اذا كانت لا تحل له كالامة المجوسية او المشركة او كانت امه او اخته من الرضاع او ام امراته او بنتها فلا يحل له النظر الى فرجها **قال** ووجه محرمه وراسها وصدرها وساقها وعضدها لا الى ظهرها وبطنها وفخذها اي يجوز ان ينظر الى وجه محرمه الى اخر ما ذكره ولا يجوز الى ظهرها الى اخره والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن او اباءهن الاية ولم يرد به نفس الزينة لان النظر الى عين الزينة مباح مطلقا ولكن المراد موضع الزينة فالراس موضع التاج والشعر والوجه موضع الكحل والعنق والصدر موضعا القلادة والاذن موضع القرط والعضد موضع الدملج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخضاب والساق موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست من مواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان ولا احتشام والمراة تكون في بيتها في ثياب مهنتها عادة ولا تكون مستترة فلو امرت بالستر عن محارمها لحرجت حرجا عظيما ولان الحرمة المؤبدة تقلل الرغبة والشهوة فيهما بل تعدمه بخلاف الاجانب والمحرم من لا يحل له نكاحها على التابيد بنسب او سبب كالرضاع والمصاهرة وان كان بزنا وقيل اذا كانت المصاهرة ثابتة بالزنا لا يجوز له ان ينظر الا الى وجهها وكفيها كالاجنبية لان ثبوت الحرمة فيه بطريق العقوبة على الزنا لا بطريق النعمة فلا تظهر في حق سقوط حرمة النظر فيبقى حراما على ما كان ولان خيانته قد ظهرت مرة فلا يؤمن ولان فيه اظهار الفاحشة بان يقال هي بنت من زنا بها او امها والستر واجب وقيل تثبت الحرمة والحرج ايضا منتفي لعدم المخالطة عادة بسبب السفاح والاول اصح اعتبارا للحقيقة لانها محرمة عليه على التابيد ولا نسلم ان الحرمة بطريق العقوبة بل بطريق الاحتياط في باب الحرمات وقال الشافعي يجوز للرجل ان ينظر الى ظهر محارمه وبطنها فجعل حالها كحال الجنس في النظر قلنا لو كان الامر كما زعم لما ثبت حكم الظهار اصلا لان صورة الظهار ان يقول لامراته انت علي كظهر امي فلو لم يكن ظهرها محرما عليه لما وقع تشبيها بالمحرم فلم يكن منكرا من القول وزورا فلم يثبت به حكم الظهار ه

قال ويمس ما حل له النظر اليه اي من محارمه او من الرجل لا من الاجنبية
لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة والمخالطة وكان عليه السلام
يقبل راس فاطمة ويقول اجد منها ريح الجنة وكان اذا قدم من سفر
بدأ بها فقبلها وعانقها وقال من قبل رجل امه فكانما قبل عتبة الجنة
ولا باس بالخلوة معها لقوله عليه السلام لا يخلون رجل بامراة ليس
منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما لان المحرم
بسبيل منها الا اذا خاف عليها او على نفسه الشهوة فحينئذ لا يمسها ولا
ينظر اليها ولا يخلو بها لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما
النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما
المشي والفرج يصدق ذلك كله او يكذبه فكان في كل واحد منها نوع زنا
والزنا محرم بجميع انواعه وحرمة الزنا بالمحارم اشد واغلظ فيجتنب الكل
ولا باس بالمسافرة بهن لقوله عليه السلام لا تسافر المراة فوق ثلاثة ايام
ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها وان احتاجت الى الاركاب
والانزال فلا باس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون
ما تحتهما اذا امنا الشهوة وان خافها عليها او على نفسه او ظنا او شكا
فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان
لم يمكنها تتكلف بالثياب كيلا تصل حرارة عضوها الى عضوه وان لم يجد
الثياب فليدفع عن نفسه الشهوة بقدر الامكان قال والامة عند
محرمه لانها تحتاج الى الخروج لحوائج مولاها في ثياب مهنتها وحالها
مع جميع الرجال كحال المراة مع محارمها وكان عمر رضي الله عنه اذا راى
امة متقنعة علاها بالدرة وقال الق عنك الخمار يا دفار اتتشبهين
بالحرائر ولا يجوز له ان ينظر الى ظهرها وبطنها كالمحارم خلافا لمحمد بن مقاتل
فانه يستدل بقول ابن عباس من اراد ان يشتري جارية فلينظر اليها
الا موضع المئزر قلنا لا ضرورة الى الظهر والبطن كما في حق المحارم
بل اولى لكمال الشهوة فيهما وقلتها في المحارم ولان ما ذهب اليه يؤدي
الى ان النظر الى ظهرها لا يجوز لابنها لصحة ظهاره من امراته على الوجه
الذي بيناه ويجوز ذلك للاجنبي وهذا خلف قال وله مس ذلك ان
اراد الشرا وان اشتهى اي جاز له ان يمس كل موضع يجوز له ان ينظر اليه
كالصدر والساق والذراع والراس وتقليب شعره وان خاف الشهوة
لان هذه المواضع ليس بعورة فيجوز مسه من غير شهوة كما يجوز النظر اليه
اذا امن الشهوة وان لم يأمن لا يجوز كالنظر الا اذا اراد الشرا فانه

يباح

يباح له النظر والمس للضرورة ويحل الخلوة والمسافرة بها كما في ذوات
المحارم وعند بعض مشايخنا ليس له ان يعالجها في الاركاب والانزال لان معنى
العورة وان عدم بالستر فمعنى الشهوة باق والاصح انه لا باس بذلك
اذا امن الشهوة على نفسه وعليها لان المولى قد يبعثها في حاجة من بلد
الى بلد ولا يجد محرما يخرج معها وهي تحتاج الى من يركبها وينزلها الا ترى ان
امة المراة قد تكبس رجل زوجها وتخلو به ولم يمنع من ذلك احد واما الولد
والمدبرة والمكاتبة كالامة لقيام الرق فيهن ووجود الحاجة والمستسعاة
كالمكاتبة عند ابي حنيفة لما عرف قال ولا تعرض الامة اذا بلغت
في ازار واحد والمراد بالازار ما يستر ما بين السرة الى الركبة لان ظهرها
وبطنها عورة فلا يجوز كشفهما والتي بلغت حد الشهوة فهي كالبالغة
لا تعرض في ازار واحد روي ذلك عن محمد رحمه الله لوجود الاشتهاء قال
والخصي والمجبوب والمخنث كالفحل لقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا
من ابصارهم وهم ذكور مؤمنون فيدخلون تحت هذا الخطاب وغيره من
النصوص العامة وقالت عايشة رضي الله عنها الخصا مثلة فلا يبيح
ما كان حراما قبله وهذا لان الخصي ذكر يشتهي ويجامع وقيل هو اشد جماعا
لانه لا يفتر فصار كالفحل وكذا المجبوب لانه يشتهي ويسحق وينزل
وهو حكمه كاحكام الرجال في كل شيء وقطع تلك الالة كقطع عضو اخر منه
فلا يبيح شيئا كان حراما وان كان المجبوب قد جف ماؤه فقد رخص له
بعض مشايخنا رحمهم الله الاختلاط مع النسا لوقوع الامن من الفتنة
لقول الله تعالى او التابعين غير اولي الاربة من الرجال فقيل هو المجبوب
الذي جف ماؤه والاصح انه لا يحل له لعموم النصوص وكذا المخنث في الردي
من الافعال لا يحل له بالاتفاق لانه فحل من الرجال بل هو من الفساق
فيبعد عن النسا وان كان مخنثا بالتكسر واللين في اعضائه ولسانه ولا يشتهي
النسا فقد رخص له بعض مشايخنا في الاختلاط بالنسا وهو اصح تاويل
قوله تعالى او التابعين غير اولي الاربة وقيل الابله الذي لا يدري
ما يفعل بالنسا وانما همه بطنه وهو شيخ كبير والاصح ان الاية من المتشابه
وقوله تعالى يغضوا من ابصارهم محكم فناخذ به ونقول كل من كان من الرجال
لا يحل لهن ان يبدين زينتهن الباطنة بين يديه ولا يحل له ان ينظر اليها
الا ان يكون صغيرا فحينئذ لا باس بذلك لقوله تعالى او الطفل الذين
لم يظهروا على عورات النسا قال وعبدها كالاجنبي عنها اي عبد
المراة كالاجنبي من الرجال حتى لا يجوز لها ان تبدي من زينتها الا ما يجوز

ان ينظر اليه من الاجنبية وقال مالك والشافعي رحمهما الله تنظر اليها
كنظر الرجال الى محارمه لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولا يجوز حمله
على الاناث لانهن دخلن في قوله تعالى او نسائهن ولانه لا اشكال ان الامة
لها ان تنظر من سيدها الى ما تنظر اليه من الاجنبية ولو حمل عليه لا يفيد
زيادة الجواز بحقها وفي حق العبد يفيد فوجب حملها عليه ولان
الجواز في المحارم لحاجة الدخول من غير استيذان وحشمة وهذا المعنى
متحقق بينهما فوجب ان يكون هو كالمحرم لها دفعا للحرج بل هو محرم لانه
انه لا يجوز له ان يتزوجها ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة
والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء دون العبيد
قال سعيد بن جبير وسعيد بن المسيب والحسن لا تغرنكم سورة النور فانها
من الاناث دون الذكور ولا نسلم ان الموضع لا اشكال بل هو مشكل لان المراد
من قوله تعالى او نسائهن الحرائر لم تدخل الاماء فيهن فبين حكمهن
كما بين حكم الحرائر لانا لا نعرف الحكم الا من الشارع وهن لم يذكرن في هذا
المعنى الا في هذه الاية فكان بيانا لحكمهن وكذا لا نسلم انه محرم لها لان
حرمة النكاح بينهما موقتة فصارت كالمزوجة بالغير واخت زوجته
ولهذا لا يجوز لها ان تسافر معه ولو كان محرما لجاز **قال** ويعزل عن
امته بلا اذنها وعن زوجته باذنها لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة
الا باذنها وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الحرة لها حق في الوطي
حتى كان لها المطالبة به قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير
في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطي والعزل يخل بما ذكرنا وهو
المقصود بالنكاح فلا تملك تنقيص حق الحرة بغير اذنها وينفرد به في حق
الامة ولو كانت تحته امة غيره فكذلك عندهما حتى لا يكون له العزل
الا باذنها لانه يخل بحقها في الوطي حق الزوجة ولهذا كان لها المطالبة
به وعند ابي حنيفة الاذن الى المولى لا اليها وقد ذكرناه في النكاح والله اعلم

فصل في الاستبراء وغيره

قال رحمه الله ومن ملك امة
حرم عليه وطيها ولمسها والنظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها لقوله
عليه السلام في سبايا اوطاس الا لا توطا الحبالى حتى يضعن حملهن ولا
الحيالى حتى يستبرأن بحيضة وهذا يفيد وجوب الاستبراء بسبب استحداث
الملك واليد لانه هو الموجود في هذه الصورة وهذا لان الحكمة فيه
التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب
عن الاشتباه والولد عن الهلاك وذلك عند تحقق الشغل او توهمه

بالمحرم لانه عند الاشتباه لا يدعي الولد فيهلك معنى اذ من لا نسب له هالك
معنى او لعدم من يربيه ويثقفه ويجب على المشتري لا على البائع لان
العلة في الحقيقة هو ارادة الوطي والمشتري هو الذي يريده دون البائع
فيجب عليه غير ان الارادة امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن
من الوطي والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم
عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى
الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة
وغير ذلك حتى يجب على المشتري من مال الصبي ومن المراة والمملوك وممن لا يحل
له وطيها الاستبراء وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطا لتحقق السبب
وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لان الحكمة وهو فراغ الرحم لا يمكن الاطلاع
عليها لخفاء الشغل فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل ولا يعتد بالحيضة
التي اشتراها في اثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء او غيره من اسباب
الملك قبل القبض ولا بالولادة التي حصلت بعد الاسباب قبل القبض خلافا
لابي يوسف لان السبب استحداث الملك واليد وقبل وجود الاثنين لا يعتد به
اذ الحكم لا يسبق سببه وكذا لا يعتد بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي
وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل ان
يشتريها صحيحا لما بينا ويجب اذا اشترى نصيب شريكه من جارية مشتركة
بينهما لان السبب قد تم في ذلك الوقت والحكم يضاف الى تمام العلة وهو اخر
الاوصاف ويجتزي بالحيضة التي حاضتها وهي مجوسية او مكاتبة بان كاتبها
بعد الشراء ثم اسلمت المجوسية او عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو
استحداث الملك واليد اذ هو مقتض للحل والحرمة لمانع ولا يجب الاستبراء
اذا رجعت الابقة او ردت المغصوبة والمستاجرة او فكت المرهونة لانعدام
السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادير الحكم عليه
وجودا وعدما ولو اقال البيع قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء وكان
ابو حنيفة اولا يقول على البائع الاستبراء لانها زالت عن ملكه والان ملكها
ثم رجع وقال لا يجب وهو قولهما لان الاقالة فسخ من الاصل فصار كان لم يكن
ولو اشترى من عبده الماذون له بعد ما حاضت عند العبد فان لم يكن
على العبد دين يجتزي بتلك الحيضة لانها دخلت في ملك المولى من وقت
الشراء وان كان عليه دين مستغرق فكذلك عندهما وعند ابي حنيفة
لا يعتد بتلك الحيضة وهذا بناء على وجود ملك المولى وعدمه وقد عرف
في موضعه ولو باع جارية على انه بالخيار وقبضها ثم ابطل البيع في مدته

الخيار لا يلزمه الاستبراء لعدم خروجها عن ملكه ولو كان المشتري لم يقبضها
وإن كان وطئها فعليه الاستبراء ولو زوجها بعد الاستبراء وطلقها الزوج
قبل الدخول لا يلزمه الاستبراء في ظاهر الرواية ولو زوجها قبل الاستبراء
بعد القبض والمشتري يجامعها فالاستحسان أنه يجب وإذا حرم الوطء قبل
الاستبراء حرم الدواعي أيضا لأنه يفضي إلى الوطء أو يحتمل وقوعه في غير
الملك على اعتبار الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا يحرم
الدواعي فيها لأن زمن الحيض زمن نفرة فلا يكون داعيا إلى الوطء
وكذا لا يحتمل وقوعه في غير الملك وفي المشتراة يحتمل ذلك وتفضي إلى الوطء
لأن رغبته فيها قبل الدخول بها يكون أصدق وروي عن محمد لا يحرم
الدواعي في المسبية لأنه لا يحتمل وقوعه في غير الملك والاستبراء في
الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الأشهر بالشهر لأنه أقيم في حقهن
مقام الحيض كما في المعتدة وإذا حاضت في أثناء الشهر بطل الاستبراء
بالشهر للقدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل وإن ارتفع حيضها
تركها حتى إذا تبين بشهرين أو ثلاثة وعن محمد أربعة أشهر وعشر وعنه
شهران وخمسة أيام اعتبارا بعدة الحرة والأمة في الوفاة وعن زفر سنتان
وهو رواية عن أبي حنيفة ولا بأس بالاحتيال في إسقاط الاستبراء عند
أبي يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله والوجه ما بيناه في الشفعة من الجانبين
والمأخوذ به قول أبي يوسف فيما إذا علم أن البائع لم يقربها في طهرها
ذلك ويؤخذ بقول محمد فيما إذا قربها والحيلة إذا لم يكن تحت المشتري
حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ويقبضها هكذا ذكره صاحب الهداية
وهذا لا يفيد إذا كان القبض بعد الشراء لأنه بالشراء ينفسخ النكاح
فيجب الاستبراء بالقبض بحكم الشراء وإنما يفيد أن لو كان القبض قبل
الشراء كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح وقال ظهير الدين
عندي يشترط أن يدخل قبل الشراء لأن ملك النكاح يفسد عند الشراء ثابتا
على الشراء ضرورة أن ملك النكاح لا يجامع ملك اليمين فلم يكن عند الشراء
منكوحة ولا معتدة بخلاف ما إذا دخل بها قبل الشراء لأنها تبقى معتدة
منه بعد فساد النكاح به فلا يلزمه الاستبراء به ذكره قاضي خان في
فتاواه ولو كانت تحته حرة فالحيلة فيه أن يزوجها البائع قبل الشراء
أو المشتري قبل القبض ممن يثق به أو تزوجها بشرط أن يكون أمرها بيده
ثم يشتريها ويقبضها ثم يطلقها الزوج لأنه عند وجود السبب وهو
استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن فرجها حلالا لا يجب عليه.

ولو باع أم ولد أو مدبرة وقبضها المشتري ثم استردها لا يجب عليه الاستبراء صح

الاستبراء وإن حل بعد ذلك لأن المعتبر أوان وجود السبب كما إذا كانت
معتدة الغير في تلك الحالة والظاهر يحرم عليه الدواعي كالمنكوحة
إذا وطئت بشبهة وكالمحرم والمعتكف بخلاف حالة الحيض والصوم والأصل
فيه أن سبب الحرام حرام إلا أن النص ورد في حالة الصوم والحيض وفيه
بعض الحرج لأنهما يعتادان وقد صح أنه عليه السلام كان يقبل وهو صائم
ويضاجع نساءه وهن حيض **قال** له أمتان أختان فقبلهما بشهوة حرم
وطء واحدة منهما ودواعيه حتى يحرم فرج الأخرى بملك أو نكاح أو عتق
ولو قال حرمتا حتى يحرم فرج إحداهما كان أحسن لأنهما يحرمان عليه لا إحداهما
فحسب وإنما حرمتا لأن الجمع بينهما نكاحا أو وطئا لا يجوز لإطلاق قوله
تعالى وأن تجمعوا بين الأختين والمراد به الجمع بينهما وطئا وعقدا لأنه
معطوف على المحرمات وطئا وعقدا ولا يعارض بقوله تعالى أو ما ملكت
أيمانكم لأن الترجيح للمحرم روي ذلك عن علي رضي الله عنه حين سئل عنهما
فقال حرمتهما آية وأحلتهما آية فثبت الاشتباه ثم قال الحكم للمحرم وكذا لا يجوز
الجمع بينهما في الدواعي لأن الدواعي إلى الوطء بمنزلة الوطء ولأن النص
مطلق فيتناوله والوطء نصا ودلالة ولو وطئهما وعند ذلك يحرمان فكذا هذا
ومسهما بشهوة أو النظر إلى فرجهما كتقبيلهما حتى يحرما عليه إلا إذا حرم
فرج إحداهما لما ذكر لزوال الجمع بتحريم فرج إحداهما عليه وتمليك البعض
كتمليك الكل وكذا إعتاق البعض كإعتاق الكل أما عندهما فظاهر لأنه
لا يتجزى عندهما وكذا عند أبي حنيفة لأنه وإن كان يتجزى لكنه يحرم به الفرج
لأن معتق البعض كالمكاتب عنده وكتابة إحداهما كإعتاقها لأن فرجها
يحرم بالكتابة فيحصل المقصود ورهن إحداهما وإجارتها وتدبيرها لا يحل
الأخرى لأن فرجها لا يحرم بهذه الأسباب وقوله حتى يحرم فرج الأخرى بملك
أراد به التمليك بأن يملك رقبتها من إنسان بأي شيء كان من أسباب
الملك كالبيع والهبة والصدقة وكالصلح والخلع والمهر وأراد بقوله
أو نكاح النكاح الصحيح أما إذا زوج إحداهما نكاحا فاسدا لا يحل
له الأخرى لأن فرجها لم يصر حراما عليه بهذا العقد بمجرده إلا إذا دخل
بها الزوج فحينئذ تحل له الأخرى لأن العدة تجب عليها بالدخول فيحرم
على المولى فرجها فلم يصر جامعا ولو وطئ إحداهما دون الأخرى حل له وطء
الموطوءة دون الأخرى لأنه يصير جامعا بوطء الأخرى لا بوطء الموطوءة
وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فهما بمنزلة الأختين فيما ذكرنا **قال**
ويكره تقبيل الرجل ومعانقته في إزار واحد ولو كان عليه قميص جاز

كالمصافحة وفي الجامع الصغير ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او
شيئا منه او يعانقه وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف لا باس بالتقبيل والمعانقة لما روي ان النبي صلى الله عليه
وسلم عانق جعفرا حين قدم من الحبشة وقبل ما بين عينيه وذلك عند
فتح خيبر وقال لا ادري بماذا اسر بفتح خيبر ام بقدوم جعفر وعانق
زيد بن حارثة وكان اصحاب النبي عليه السلام يفعلون ذلك وفي
الكافي كان الاعراب يقبلون اطراف النبي صلى الله عليه وسلم وعن عطا
رحمه الله سئل ابن عباس رضي الله عنهما عن المعانقة فقال اول من
عانق ابرهيم خليل الرحمن عليه السلام كان بمكة فاقبل ذو القرنين
فلما كان بالابطح قيل له في هذه البلدة ابرهيم خليل الرحمن فقال ذو
القرنين ومشى الى ابرهيم عليه السلام فسلم عليه ابرهيم واعتنقه فكان
هو اول من عانق ولهما ما روى انس رضي الله عنه انه قال قلنا لرسول
الله صلى الله عليه وسلم اينحني بعضنا لبعض قال لا قلنا ايعانق بعضنا
بعضا قال لا قلنا ايصافح بعضنا بعضا قال نعم وروى الطحاوي انه
عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وروي انه عليه السلام
نهى عن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه منسوخ به وقالوا الخلاف فيما
اذا لم يكن عليهما غير الازار واذا كان عليهما قميص او جبة فلا باس به
بالاجماع وهو الذي اختاره الشيخ في المختصر والشيخ الامام ابو منصور
الماتريدي رحمه الله وفق بين الاحاديث فقال المكروه من المعانقة ما كان
على وجه الشهوة واما على وجه البر والكرامة فجائز ورخص الشيخ
الامام شمس الايمة السرخسي وبعض المتاخرين تقبيل يد العالم او المتورع
على سبيل التبرك وقبل ابو بكر بين عيني النبي صلى الله عليه وسلم بعدما
قبض وقال سفين الثوري تقبيل يد العالم ويد السلطان العادل
سنة فقام عبد الله بن المبارك فقبل راسه وما يفعله الجهال من تقبيل
يد نفسه اذا لقي غيره فهو مكروه فلا رخصة فيه وما يفعلون من تقبيل
الارض بين يدي العلما فحرام والفاعل والراضي به اثمان لانه يشبه عبادة
الوثن وذكر الصدر الشهيد انه لا يكفر بهذا السجود لانه يريد به التحية
وقال شمس الايمة السرخسي السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر وذكر
ابو الليث ان التقبيل على خمسة اوجه قبلة الرحمة كقبلة الوالد ولده
وقبل النبي صلى الله عليه وسلم الحسن بن علي رضي الله عنهما وقبلة التحية
كقبلة المومنين بعضهم بعضا وقبلة الشفقة كقبلة الولد والديه

وقبلة

وقبلة المودة كقبلة الرجل اخاه على الجبهة وقبلة الشهوة كقبلة الرجل
امراته او امته وزاد بعضهم قبلة الديانة وهي قبلة الحجر الاسود واما
القيام للغير فقد جاء في الحديث انه عليه السلام خرج متوكيا على عصا فقمنا
له فقال عليه السلام لا تقوموا كما تقوم الاعاجم يعظم بعضهم بعضا وعن
انس عليه السلام كان يكره القيام وعن الشيخ ابي القاسم كان اذا دخل
عليه احد من الاغنيا يقوم له ولا يقوم للفقرا وطلبة العلم فقيل له في ذلك
فقال لان الاغنيا يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم تضرروا
والفقرا وطلبة العلم لا يطمعون مني ذلك وانما يطمعون في جواب السلام
والتكلم معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام لهم ولا باس بالمصافحة
لما روينا ولانها سنة قديمة متوارثة في البيعة وغير ذلك وقال عليه السلام
من صافح اخاه المسلم وحرك يده في يده تناثرت ذنوبه وقال عليه السلام
ما من مسلمين يلتقيان فيتصافحان الا غفر لهما قبل ان يتفرقا **فصل**
في البيع قال رحمه الله كره بيع العذرة لا السرقين وقال الشافعي لا يجوز
بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فلا يكون مالا فلا يجوز بيعه كالعذرة
وجلد الميتة قبل الدبغ ولنا ان المسلمين تمولوا السرقين وانتفعوا به
في ساير البلدان والاعصار من غير نكير فانهم يلقونه في الاراضي لاستكثار
الريع بخلاف العذرة لان العادة لم تجر بالانتفاع بها وانما ينتفع بها مخلوطة
برماد وتراب غالب عليها بالالقاء في الارض فحينئذ يجوز بيعها والصحيح عن
ابي حنيفة ان الانتفاع بالعذرة الخالصة جائز **قال** رحمه الله ولمن شرا
امة قال بكر وكلني زيد ببيعها معناه ان جارية لانسان فراي اخر يبيعها
فقال البايع وكلني مولاها حل له ان يشتريها ويطاها لانه اخبر بخبر
صحيح لا منازع له فيه وقول الواحد في المعاملات مقبول بشرط ان يكون
مميزا على ما بينا من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها او تصدق
بها علي لما ذكرنا ولا فرق بين ما اذا كان يعلم انها له او لم يعلم لان خبره هو
المعتمد عليه لان الخبر دليل شرعي الا ترى انه يقبل فيما هو اعظم منه وهو
الفروج بان زفت اليه امراة وقال النساء هي امراتك حل له وطيها ولو
كان المخبر غير ثقة فيما اذا ادعى الملك او غيره فان كان اكبر رايه انه
صادق وسعه لان عدالة المخبر في المعاملات لا تشترط للحاجة على ما مر
من قبل وان كان اكبر رايه انه كاذب لا يتعرض لشي من ذلك لان اكبر الراي
يقوم مقام اليقين وان لم يخبره صاحب اليد بشي من الوكالة او انتقال
الملك اليه فان كان عرفها انها لغيره لا يشتريها حتى يعلم ان الملك انتقل

إليه أو وكله لأن تبدل الأول دليل الملك وإن كان لا يعرف أنها للأول وسعه
أن يشتريها وإن كان ذو اليد فاسقا لأن اليد دليل الملك ولا معتبر
بأكبر الرأي عند وجود دليل ظاهر إلا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك •
فحينئذ يستحب له أن يتنزه ولو اشتراها مع ذلك صح لاعتماده الدليل
الشرعي وإن كان الذي أتاه بها عبدا أو أمة لم يقبلها ولم يشترها حتى
يسأل لأن المملوك لا ملك له فيعلم أن الملك فيها لغيره وإن أخبره أن مولاه
أذن له وهو ثقة قبل قوله وإن لم يكن ثقة يعتبر فيه أكبر الرأي وإن لم
يكن له رأي لم يشترها لقيام المانع فلا بد من دليل ولو أن امرأة أخبرها
رجل أن زوجها الغائب مات عنها أو طلقها ثلاثا أو كان غير ثقة وأتاها
بكتاب من عند زوجها بطلاق ولا تدري أنه كتابه أم لا إلا أن أكبر
رأيها أنه حق بعدما تحرت فلا بأس بأن تعتد ثم تتزوج لأن القاطع طارئ
فلا منازع لأن صحة النكاح لا يمنع ما يطرأ وكذا لو قالت لرجل طلقني
زوجي وانقضت عدتي فلا بأس بأن يتزوجها وكذلك المطلقة الثلاث
إذا قالت انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت
عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس
بأن يتزوجها الزوج الأول وكذا لو قالت الجارية كنت أمة لفلان •
فأعتقني حل له أن يتزوجها لأن القاطع طارئ على ما بينا ولو أخبرها
مخبر أن أصل النكاح كان فاسدا أو كان الزوج حين تزوجها مرتدا أو أخاها
من الرضاع لم تقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان أو رجل وامرأتان وكذا
إذا أخبره مخبر أنك تزوجتها وهي مرتدة أو أختك من الرضاعة لم يتزوج
بأختها وأربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لأنه أخبر بفساد مقارن
والإقدام على العقد يدل على صحته وإنكار فساده فيثبت المنازع بالظاهر
بخلاف ما إذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج أنها ارتضعت من
أمه أو أخته بعد النكاح حيث يقبل قول الواحد فيه لأن القاطع طارئ
والإقدام الأول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا
الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل
يدعي أنها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت أنا حرة الأصل لا يسعه
أن يتزوجها لتحقق المنازع بخلاف ما تقدم وهو ما إذا كان المنافي طارئا
قال وكره لرب الدين أن يأخذ من ثمن خمر باعها مسلم لا كافر ومعناه إذا كان
لشخص دين على مسلم فباع الذي عليه الدين خمرا وأخذ ثمنها وقضى به الدين
لا يحل للدائن أن يأخذ من ثمن الخمر بدينه وإن كان البائع كافرا جاز له أخذه

والفرق أن البيع في الوجه الأول باطل لأن الخمر ليس بمال متقوم في حق
المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل له أخذه من البائع وفي الوجه
الثاني صح البيع لأنه مال متقوم في حق الكافر فملكه البائع فيحل الأخذ
منه بخلاف المسلم لما ذكرنا وفي النهاية عن محمد هذا إذا كان القضاء والاقتضاء
بالتراضي فإن كان بقضاء القاضي بأن قضى عليه بهذا الثمن ولم يعلم القاضي
بكونه عن الخمر فيطيب له ذلك بقضائه وهذا مشكل فإنه ثمن الخمر فكيف
يطيب له ومحمد أيضا لا يرى نفوذ قضاء القاضي باطنا وإنما ينفذ ظاهرا
فقط عنده وعلى هذا إذا مات مسلم وترك ثمن خمر باعها مسلم لا يحل لورثته
أن يأخذوا ذلك لأنه كالمغصوب وقال في النهاية قال بعض مشايخنا
كسب المغنية كالمغصوب لم يحل أخذه وعلى هذا قالوا لو مات رجل وكسبه
من بيع الباذق والظلم أو أخذ الرشوة يتورع الورثة ولا يأخذوا منه
شيئا وهو أولى لهم ويردونها على أربابها إن عرفوهم وإلا تصدقوا بها لأن سبيل
الكسب الخبيث التصدق إذا تعذر الرد على صاحبه **قال** واحتكار
قوت الآدمي والبهيمة في بلد يضر بأهله أي يكره الاحتكار في الأقوات
إذا كان يضر بأهل البلد لقوله عليه السلام الجالب مرزوق والمحتكر •
ملعون ولأنه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع إبطال حقهم
وتضييق الأمر عليهم فيكره إذا كان تضرهم ذلك بأن كانت البلدة صغيرة
بخلاف ما إذا لم يضر بأن كان المصر كبيرا لأنه حابس ملكه من غير إضرار بغيره
وتلقي الجلب على هذا التفصيل وقد ذكرناه في البيوع وتخصيص الاحتكار
بالأقوات قول أبي حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما وقال أبو يوسف كل ما أضر
بالعامة حبسه فهو احتكار وإن كان ثيابا أو دراهم ونحو ذلك اعتبارا
لحقيقة الضرر إذ هو المؤثر في الكراهة وهما اعتبرا الضرر المتعارف المعهود
ثم المدة إذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر وإذا طالت يكون احتكارا
مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة بأربعين ليلة لقوله عليه السلام
من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر
لأن ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع
ويقع التفاوت في المأثم بين أن يتربص العزة وبين أن يتربص القحط
والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا وأما الإثم فيحصل وإن
قلت المدة فالحاصل أن التجارة في الطعام غير محمودة **قال** لا غلة
ضيعته وما جلبه من بلد آخر أي لا يكره احتكار غلة أرضه واحتكار ما
جلبه من بلد آخر لأنه خالص حقه فلم يتعلق به حق العامة فلا يكون احتكارا

الا ترى انه لو كان له ان لا يزرع وان لا يجلب فكذا له ان لا يبيع وهذا في المجلوب قول ابي
حنيفة خاصة لان حق العامة تعلق بما جلب وجمع في المصر او في فنائه ولم
يتعلق حقهم بما في بلد اخر فاذا نقله من بلد اخر كان له حبسه لعدم تعلق
حقهم به فصار كغلة ضيعته والجامع عدم تعلق حقهم به اذ كان له ان لا
ينقل كما كان له ان لا يزرع فكذا له ان لا يبيع ذلك وقال ابو يوسف يكره
ان يحبس ما جلبه من بلد اخر لاطلاق ما روينا ولحاق الضرر بالعامة ولانه
يتوهم حصوله لهم بان يجلبه غيره لهم او يجلبوه هم بانفسهم كما نقله هو فحبسه
وكان بحبسه مبطلا حقهم في النقل والجلب فصار كما اذا احتبس المجلوب الى
المصر وفنائه بخلاف ما زرعه في ضيعته لانعدام هذا المعنى وقال محمد ان
نقله من موضع يجلب منه الى المصر في الغالب يكره حبسه لان حق العامة
تعلق به لانه بمنزلة فناء المصر الا ترى انه كان ينقل لو لم يحبسه يأخذه
هو بخلاف ما اذا نقله من بلد بعيد لم يجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه
لم يتعلق به حقهم الا ترى انه لو لم يأخذه لم ينقل اليهم فصار كغلة ضيعته
ولا ينبغي للسلطان ان يسعر الا ان يتعدى ارباب الطعام عن القيمة
تعديا فاحشا لقوله عليه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض
الباسط الرازق ولان الثمن حق البائع فكان اليه تقديره فلا ينبغي للامام
ان يتعرض لحقه الا اذا كان ارباب الطعام يتحكمون على المسلمين ويتعدون
تعديا فاحشا وعجز السلطان عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فلا باس
به بمشورة اهل الراي والنظر فاذا فعل ذلك فتعدى رجل عن ذلك فباعه
بثمن فوقه اجازه القاضي وهذا لا يشكل عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا يرى
الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على قوم باعيانهم لانه اذا لم يكن على
قوم بعينهم لا يكون حجرا بل يكون فتوى في ذلك وينبغي للقاضي او السلطان
ان لا يعجل بعقوبته اذا رفع اليه هذا الامر ولا بالتسعير بل يأمره بان يبيع ما
فضل عن قوته وقوت اهله على اعتبار السعة وينهاه عن الاحتكار ويعظه
ويزجره عنه فان رفع اليه ثانيا فعل به كذلك وهدده وان رفع اليه
ثالثا حبسه وعزره حتى يمتنع عنه ويزول الضرر عن الناس ولا يسعر
الا اذا ابوا ان يبيعوه الا بغبن فاحش ضعف القيمة وعجز عن صيانة حقوقهم
الا به فلا باس به بمشورة اهل الراي على ما بينا واذا امتنع من البيع بالكلية
قيل لا يبيع عند ابي حنيفة وعندهما يبيع بناء على انه لا يرى الحجر على الحر
البالغ العاقل وهما يريانه كما في بيع مال المديون وقيل يبيعه بالاجماع
لان ابا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام كما بينا في كتاب الحجر ومن باع منهم بما قدره

الامام

الامام صح لانه غير مكره على البيع هكذا ذكره صاحب الهداية وذكر في المحيط وفي
شرح المختار ان البائع ان كان يخاف انه ان نقص ان يضربه الامام لا يحل للمشتري
ذلك لانه في معنى المكره والحيلة فيه ان يقول له بعني بما تحب فحينئذ باي شيء
باعه يحل ولو اصطلح اهل بلد على سعر الخبز واللحم وشاع ذلك فيما بينهم
فاشترى رجل منهم خبزا بدرهم او لحما فاعطاه البائع ناقصا والمشتري لا
يعرف ذلك كان له ان يرجع عليه بالنقصان اذا عرف لان المعروف كالمشروط
وان كان المشتري من غير اهل تلك البلدة كان له ان يرجع بالنقصان في الخبز
دون اللحم لان سعر الخبز يظهر عادة في البلدان وسعر اللحم لا يظهر الا نادرا
فيكون شارطا لما في الخبز مقدارا معينا باعتبار العادة دون اللحم ولو خاف
الامام على اهل مصر الهلاك اخذ الطعام من المحتكرين وفرقه فاذا وجدوا
ردوا مثله وليس هذا من باب الحجر وانما هو دفع الضرر عنهم كما في حالة المخمصة
ذكره في شرح المختار **قال** وجاز بيع العصير من خمار لان المعصية
لا تقوم بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح من اهل الفتنة لان
المعصية تقوم بعينه فيكون اعانة لهم وتسببا وقد نهينا عن التعاون
على العدوان والمعصية ولان العصير يصلح لاشياء كلها جائز شرعا فيكون
الفساد الى اختياره **قال** واجارة بيت ليتخذ بيت نار او بيعة
او كنيسة او يباع فيه خمر بالسواد اي جاز اجارة البيت ليتخذ معبدا
للكفار والمراد ببيت النار معبد المجوس وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا ينبغي ان يكريه لشيء من ذلك لانه اعانة على المعصية وقد قال الله
تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان وله
ان الاجارة على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية
فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه فصار
كبيع الجارية لمن لا يستبرئها او يأتيها من دبر او بيع الغلام من لوطي والدليل
عليه انه لو اجره للسكنى جاز وهو لا بد له فيه من عبادته وانما قيده بالسواد
لانهم لا يمكنون من احداث المعابد واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار
لظهور شعائر الاسلام فيها فلا تعارض باظهار شعائر الكفر بخلاف السواد
قالوا هذا في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل الذمة واما في سواد
غيرها فيه شعائر الاسلام ظاهرة فلا يمكنون فيها في الاصح **قال** وحمل
خمر لذمي باجر اي جاز ذلك ايضا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
هو مكروه لانه عليه السلام لعن في الخمر عشرة وعد منها حاملها وله
ان الاجارة على الحمل وهو ليس بمعصية ولا سبب لها وانما تحصل المعصية

لفعل فاعل مختار وليس العصر من ضرورات الحمل لان حملها قد يكون للاراقة
او للتخليل فصار كما لو استاجره لعصر العنب او قطعه والحديث محمول على
الحمل المقرون بقصد المعصية وعلى هذا الخلاف اذا آجره دابة لينقل
عليها الخمر او آجره نفسه ليرعى له الخنازير فانه يطيب له الاجر عند ابي
حنيفة وعندهما يكره وفي المحيط لا يكره بيع الزنانير من النصراني والقلنسوة
من المجوسي لان ذلك اذلال لهما وبيع المكعب المفضض للرجال ان علم انه
يلبسه يكره لانه اعانة له على لبس الحرام ولو ان اسكافا امره انسان
ان يتخذ له خفا على زي المجوس او الفسقة او خياطا امره انسان ان
يخيط له ثوبا على زي الفساق يكره له ان يفعل ذلك لانه سبب
للتشبه بالمجوس والفسقة قال وبيع بناء بيوت مكة وارضها يجوز اما
البناء فظاهر لانه ملك لمن بناه الا ترى انه لو بنى في المستاجر او في الوقف
كان البناء ملكا له وجاز له بيعه واما ارضها فالمذكور هنا قول ابي يوسف
ومحمد وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة لان اراضيها مملوكة لاهلها
لظهور آثار الملك فيها وهو الاختصاص بها شرعا وقوله عليه السلام
وهل ترك لنا عقيل من ربع دليل على ان اراضيها تملك وتقبل الانتقال
من ملك الى ملك وقد تعارف الناس بيع اراضيها والدور التي فيها من
غير نكير وهو من اقوى الحجج وقال ابو حنيفة لا يجوز بيع اراضيها لما روي
انه عليه السلام قال ان الله حرم مكة فحرام بيع رباعها ولا يؤجر بيوتها ولان
الحرم وقف الخليل عليه السلام ويكره اجارة ارضها لقوله عليه السلام
من اكل اجور ارض مكة فكانما اكل الربا ولان اراضي مكة كانت تدعى
في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وزمن الخليفتين من بعده السوائب
من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها اسكن غيره فيها ومن وضع درهما
عند بقال يأخذ منه ما شاء كره له ذلك لانه اذا ملكه الدرهم فقد اقرضه
اياه وقد شرط ان يأخذ منه ما يريد من التوابل والبقول وغير ذلك
مما يحتاج اليه شيئا فشيئا وله في ذلك نفع وهو بقاء درهمه وكفايته
للحاجات ولو كان في يده لخرج من ساعته ولم يبق فيصير في معنى قرض
جر نفعا وهو منهي عنه وينبغي ان يودعه اياه ثم يأخذ منه شيئا فشيئا
وان ضاع فلا شيء عليه لان الوديعة امانة قال وتعشير المصحف
ونقطه لان القراءة والآي توقيفية ليس للرأي فيها مدخل فالتعشير
حفظ الآي وبالنقط حفظ الاعراب فكانا حسنين ولان العجمي الذي
لا يحفظ القرآن لا يقدر على القراءة الا بالنقط فكان حسنا وروي عن

ابن

ابن مسعود انه قال جردوا القرآن وذاك في زمنهم لانهم كانوا ينقلونه عن النبي
صلى الله عليه وسلم كما انزل وكانت القراءة سهلة عليهم وكانوا يرون النقط
مخلا بحفظ الاعراب والتعشير بحفظ الآي ولا كذلك العجمي في زماننا فيستحسن
لعجز العجمي عن التعلم الا به وعلى هذا لا بأس بكتابة اسامي السور وعدد الآي
فهو وان كان محدثا فمستحسن وكم من شيء يختلف باختلاف الزمان والمكان
قال وتحليته اي يجوز تحلية المصحف لما فيه من تعظيمه كما في نقش المسجد
وتزيينه وقد ذكرناه من قبل وذكرنا الخلاف فيه اذا كانت التحلية
بذهب وفضة غير مموه قال ودخول ذمي مسجدا اي جاز ادخال الذمي
جميع المساجد وقال مالك يكره ذلك في كل مسجد وقال الشافعي يكره في
المسجد الحرام لقوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم
هذا ولان الكافر لا يخلو عن الجنابة فوجب تنزيه المسجد عنه وعدى مالك
الى سائر المساجد لعموم العلة وهي النجاسة لان كلها تنزه عنها ولنا انه عليه
السلام انزل وفد ثقيف في المسجد وضرب لهم خيمة فيه فقالت الصحابة
المشركون نجس فقال عليه السلام ليس على الارض من نجاستهم شيء وانما
نجاستهم على انفسهم وروي ان ابا سفيان دخل في حال كفره مسجد النبي صلى
الله عليه وسلم والنجاسة في الآية المذكورة هو الخبث في اعتقادهم لان كل
قبيح رجس وهو النجس الا ترى ان الازلام والميسر سميت في القرآن
رجسا لقبحها والمراد بالمنع المذكور في الآية عن قربانهم المسجد الحرام منعهم
عن الطواف لانهم كانوا يطوفون بالبيت عراة على ما ذكره اهل التفسير
وكان الحكم لهم فيفعلون ما ارادوا ولما اعلى الله تعالى كلمته ونصر دينه
وفتح على المسلمين بعد الفتح نهوا عن ذلك ومنعوا من دخوله لقصد الطواف
بالكلية قال وعيادته اي يجوز عيادة الذمي لما روي ان يهوديا مرض
بجوار النبي صلى الله عليه وسلم فقال قوموا نعود جارنا اليهودي فعاده
وقعد عند رأسه وقال قل لا اله الا الله محمد رسول الله فنظر المريض الى
ابيه فقال له ابوه اجبه فاجابه وشهد ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله
ثم مات فقال النبي صلى الله عليه وسلم الحمد لله الذي انقذ بي نسمة من النار
ولان العيادة نوع من البر وقد قال الله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم
يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم ولا بأس برد السلام
على الذمي ولا يزيد على قوله وعليكم فانه عليه السلام لم يزد حين رد على
اليهودي ولا يبتدأه بالسلام لان فيه تعظيمه وتكرمته وان كان له حاجة اليه
فلا بأس ان يبدأه به ولا يدعو له بالمغفرة ولو دعا له بالهدى جاز لانه

عليه السلام قال اللهم اهد قومي فانهم لا يعلمون ولو دعا له بطول العمر قيل
لا يجوز لان فيه التمادي على الكفر وقيل يجوز لان في طول عمره نفعا للمسلمين
باداء الجزية فيكون دعاء له وعلى هذا الاختلاف الدعاء له بالعافية وهذا
اذا كان من اهل الكتاب كاليهودي والنصراني وان كان مجوسيا قيل لا يعوده
لانه ابعد من الاسلام من اهل الكتاب وقيل يعوده لان فيه اظهار محاسن
الاسلام وترغيبه فيه وتاليفه وقد ندبنا اليه واختلفوا في عيادة
الفاسق ايضا والاصح انه لا باس بها لانه مسلم والعيادة من حقوق
المسلمين واذا مات الكافر قال لوالده او قريبه في تعزيته اخلف الله عليك
خيرا منه واصلحك اي اصلحك بالاسلام ورزقك ولدا مسلما لان الخيرية
به تظهر ويقول في تعزية المسلم اعظم الله اجرك واحسن عزاك ورحم ميتك
ذكره عند ذكر قال وخصاء البهائم اي جاز لانه عليه السلام ضحى بكبشين
املحين موجوئين والوجء هو الخصي ولان لحمه يطيب به ويترك النكاح فكان
حسنا قال وانزاء الحمير على الخيل لانه عليه السلام ركب البغل واقتناه
ولو لم يجز لما فعله لان فيه فتح بابه وما ورد فيه من النهي كان لاجل تكثير
الخيل قال وقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة
دابته وكره كسوته الثوب وهديته النقدين يعني الدراهم والدنانير والقياس
ان لا يجوز الكل لانه تبرع والعبد ليس من اهله لكن جوز في الشيء اليسير
للضرورة استحسانا لانه لا يجد بدا منه كالضيافة ليجتمع اليه المجاهزون
اي الاغنياء من التجار ويجلب قلوب المعاملين فكان من ضرورات التجارة
ومن ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته وقد صح ان سلمان الفارسي اهدى
الى النبي صلى الله عليه وسلم هدية قبل ان يعتق فقبلها النبي صلى الله عليه
وسلم وقبل هدية بريرة فقال هو لها صدقة ولنا هدية وكان عليه السلام
يجيب دعوة المملوك وعلى هذا كانت الصحابة رضي الله تعالى عنهم حتى
روي عن ابي سعيد مولى ابي اسيد انه قال دعوت رهطا من اصحاب رسول
الله صلى الله عليه وسلم فيهم ابو ذر رضي الله عنهم فحضرت الصلاة فقدموني
وانا يومئذ عبد ولا ضرورة في الشيء الكثير كالدراهم والثياب فبقي
على الاصل قال واستخدام الخصي اي يكره استخدام الخصي لان فيه تحريض
الناس على الخصاء وهو مثلة وقد صح انه عليه السلام نهى عنها فيحرم قال
والدعاء بمعقد العز من عرشك اي يكره ان يقول في دعائه اللهم اني اسئلك
بمعقد العز من عرشك وفيه مسئلتان بمعقد ومقعد فالاولى من العقد
والثانية من القعود تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا ولا شك في كراهية

الثانية

الثانية لاستحالة معناها على الله تعالى وكذا الاولى لانه يوهم ان عزه تتعلق
بالعرش والعرش حادث وما يتعلق به يكون حادثا ضرورة والله متعال
عن تعلق عزه بالحادث بل عزه قديم لانه صفته وجميع صفاته قديمة قائمة
بذاته لم يزل موصوفا بها في الازل ولن يزال في الابد ولم يزدد شيئا لم
يكن له في الازل بحدوث العرش وغيره وعن ابي يوسف انه لا باس به وبه اخذ
الفقيه ابو الليث لما روي انه عليه السلام كان من دعائه اللهم اني اسالك
بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى
وكلماتك التامة والاحوط الامتناع لكونه خبر واحد فيما يخالف القطعي
اذ المتشابه يثبت بالقطعي ولو جعل العز صفة للعرش كان جائزا لان العرش
موصوف في القران بالمجيد والكريم فكذا بالعز ولا شك انه موضع الهيبة
واظهار كمال القدرة وان كان الله تعالى مستغنيا عنه قال وبحق فلان
اي يكره ان يقول في دعائه بحق فلان وكذا بحق انبيائك واوليائك او بحق
رسلك او بحق البيت او المشعر الحرام لانه لا حق للمخلوق على الله تعالى وانما يخص
برحمته من يشاء من غير وجوب عليه ولو قال رجل لغيره بحق الله او بالله ان
تفعل كذا لا يجب عليه ان ياتي بذلك شرعا وان كان الاولى ان ياتي به
قال واللعب بالشطرنج والنرد وكل لهو لقوله عليه السلام كل لعب
ابن ادم حرام الا ثلاث ملاعبة الرجل اهله وتاديبه لفرسه ومناضلته
بقوسه واباح الشافعي الشطرنج من غير قمار ولا اخلال بحفظ الواجبات
لان فيه تشحيذ الخاطر وتذكية الافهام والحجة عليه ما روينا وروي ان
ابن عمر رضي الله عنه مر بقوم يلعبون الشطرنج فلم يسلم عليهم وقال ما هذه
التماثيل التي انتم لها عاكفون ولانه لعب يصد صاحبه عن الجمع والجماعات
وعن ذكر الله عز وجل غالبا فيكون حراما كالنرد وشرح النرد قال عليه السلام
من لعب بالنردشير فكانما صبغ يده في لحم الخنزير رواه مسلم واحمد وابو داود
وعن ابي موسى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من لعب بالنرد فقد عصى الله
ورسوله رواه مالك واحمد وغيرهما واما منفعته التي ذكرها فمغلوبة تابعة
والعبرة للغالب في التحريم الا ترى الى قوله تعالى واثمهما اكبر من نفعهما
فاعتبر الغالب في التحريم وهل ترى من يلعب بالشطرنج يصلي فضلا عن
الجماعة وان صلى فقلبه متعلق به فكان في اباحته اعانة الشيطان
على الاسلام والمسلمين ثم ان كان مقامرا به سقطت عدالته وان لم يقامر
وكان متناولا ولم يصد ذلك عن الصلاة لم تسقط عدالته ولم ير ابو حنيفة
بالسلام عليهم باسا ليشغلهم عما هم فيه وكرهه ابو يوسف ومحمد تحقيرا لهم

وروي ان عليا رضي الله عنه مر بقوم يلعبون بالشطرنج ولم يسلم عليهم فقيل له
في ذلك فقال كيف اسلم على قوم يعكفون على اصنام وروي انه ضرب على رؤسهم
ولا باس بالمسابقة في الرمي والفرس والابل ان شرط المال من جانب واحد
بان يقول احدهما لصاحبه ان سبقتني فلك كذا وان سبقتك فلا شيء لي
لقوله عليه السلام لا سبق الا في خف او نصل او حافر رواه احمد وابو داود
وجماعة اخر وحرم لو شرط المال من الجانبين بان يقول ان سبق فرسك اعطيك
كذا وان سبق فرسي فاعطني كذا الا اذا ادخلا ثالثا بينهما وقالا للثالث
ان سبقتنا فالمال لك وان سبقناك فلا شيء لنا عليك ولكن ايهما سبق صاحبه
اخذ المال المشروط وكذا المتفقهة اذا شرط لاحدهما الذي معه الصواب
وان شرطاه لكل واحد منهما على صاحبه لا يجوز كما في المسابقة قال وجعل
الراية في عنق العبد ايضا لا يجوز وهو معطوف على اللهو وصورته ان يجعل في
عنقه طوق مشتمر بمسمار عظيم يمنعه من تحريك راسه وهو معتاد بين الظلمة
وانه حرام لانه عقوبة الكفار فيحرم كالاحراق بالنار وقال عليه السلام
لا تعذبوا بعذاب الله وفي النهاية انه علامة بانه ابق وقال لا باس به
في زماننا لغلبة الاباق خصوصا في الهنود وكان في زماننا يكرهونها
لقلة الاباق قال وحل قيد اي جاز قيد العبد احترازا عن الاباق
والتمرد وهو سنة المسلمين في الفساق بخلاف الراية لانه محدث وشر
الامور محدثاتها قال عليه السلام كل محدث بدعة وكل بدعة ضلالة وكل
ضلالة في النار قال والحقنة اي جازت الحقنة للتداوي وجاز
ان ينظر الى ذلك الموضع للضرورة لقوله عليه السلام لكل داء دواء واذا
اصيب دواء الداء برئ باذن الله رواه مسلم واحمد وروي ان الاعراب
قالت يا رسول الله الا نتداوى قال نعم عباد الله تداووا فان الله لم
يضع داء الا وضع له شفاء او دواء الا داء واحدا قالوا يا رسول الله
ما هو قال الهرم رواه الترمذي وصححه ورواه جماعة ومن الناس
من كره التداوي لما روي ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال يدخل الجنة من امتي سبعون الفا بغير حساب هم الذين لا يسترقون
ولا يتطيرون ولا يكتوون وعلى ربهم يتوكلون رواه البخاري ومسلم
واحمد وعن ابن عباس ان امراة سوداء اتت النبي صلى الله عليه وسلم
فقالت اني اصرع واني انكشف فادع الله لي قال ان شئت صبرت ولك
الجنة وان شئت دعوت الله تعالى ان يعافيك فقالت اصبر قالت فاني
انكشف فادع الله ان لا انكشف فدعا لها رواه اولئك الثلاثة

ولنا ما روينا وروى البخاري واحمد انه عليه السلام قال ما انزل الله
داء الا انزل له شفاء وروي انه عليه السلام تداوى واحتجم وقال جابر
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كوى سعد بن معاذ في اكحله مرتين رواه
ابن ماجه ومسلم بمعناه ولا جناح على من يتداوى اذا كان يرى ان الشافي
هو الله تعالى عند ذلك وما رواه بعضهم من الاخبار مما يدل على كراهية
التداوي فذاك اذا كان يرى الشفاء من الدواء ويعتقد انه لو لم يعالج
لما سلم ونحن نقول لا يجوز لمثل هذا التداوي ولا فرق في الحقنة بين
الرجل والمراة وانما يجوز ذلك بالاشياء الطاهرة ولا يجوز بالنجس كالخمر
وكذا كل تداو لا يجوز الا بالطاهر لما روى ابن مسعود انه عليه السلام قال ان الله
لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم ذكره البخاري وعن ابي الدرداء انه عليه السلام
قال ان الله انزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداووا ولا تداووا
بحرام رواه ابو داود ويجوز التداوي بالعظام كلها سواء كانت من الذكية
او من الميتة غير انه اذا كانت من الميتة لا يجوز الا اذا كانت يابسة ليس
فيها دسومة ومن الذكية يجوز كيف ما كان الا عظم الخنزير والادمي
الخنزير لنجاسته والادمي لكرامته اذ لا يجوز الانتفاع باجزائه ولا باس
بالرقى لانه عليه السلام كان يفعل ذلك وما جاء فيه من النهي عنه عليه
السلام محمول على رقى الجاهلية اذ كانوا يرقون بكلمات كفر الا ترى الى ما
روي عن عوف بن مالك انه قال كنا في الجاهلية نرقي فقلنا يا رسول الله
كيف ترى في ذلك فقال اعرضوا علي رقاكم لا باس بالرقى ما لم يكن فيه شرك
رواه مسلم وابو داود وعن ابن مسعود انه قال سمعت رسول الله صلى الله
عليه وسلم يقول ان الرقى والتمائم والتولة شرك رواه احمد وابو داود
وابن ماجه والتولة ضرب من السحر قال الاصمعي هو تحبيب المراة الى زوجها
وعن جابر انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الرقى فجاء آل عمرو
ابن حزم فقالوا يا رسول الله انه كانت رقية نرقي بها من العقرب فانك
نهيت عن الرقى قال فعرضوها عليه فقال ما ارى باسا من استطاع
منكم ان ينفع اخاه فليفعل رواه مسلم وعن عائشة رضي الله عنها قالت
كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا مرض احد من اهله نفث عليه بالمعوذات
فلما مرض مرضه الذي مات فيه جعلت انفث عليه وامسحه بيد نفسه
لانها اعظم بركة من يدي رواه البخاري ومسلم واحمد والتداوي لا ينافي
التوكل ولو اخبره طبيب بالدواء فلم يتداو حتى مات لم ياثم بخلاف ما اذا
جاع ولم ياكل مع القدرة عليه حتى مات حيث ياثم لان زوال الجوع بالاكل

مستغن به باعتبار العادة فان الله اجرى العادة بازالة الجوع وخلق
الشبع عند الاكل لا يتخلف عنه اصلا بخلاف المرض عند التداوي فانه في
حيز التردد وقال في النهاية يجوز التداوي بالمحرم كالخمر والبول اذا
اخبره طبيب مسلم ان فيه شفاء ولم يجد غيره من المباح ما يقوم مقامه والحرمة
ترتفع للضرورة فلم يكن متداويا بالحرام فلم يتناوله حديث ابن مسعود او
يحتمل انه قاله في داء عرف له دواء غير المحرم **قال** ورزق القاضي اي حل
رزق القاضي من بيت المال لان بيت المال اعد لمصالح المسلمين والقاضي
محبوس بمصالحهم والحبس من اسباب النفقة فكان رزقه فيه كرزق المقاتلة
والزوجة ليعطى منه ما يكفيه واهله على هذا كانت الصحابة رضي الله عنهم
والتابعون وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عتاب بن اسيد الى مكة وفرض
له وبعث عليا ومعاذا الى اليمن وفرض لهما وكان ابو بكر والخلفا بعده ياخذون
كفايتهم فكان اجماعا وهذا اذا كان بيت المال حلالا جمع بحق وان كان حراما
جمع بباطل لم يحل له اخذه لانه مال الغير فيجب رده على صاحبه ثم ان كان
القاضي محتاجا فالافضل له ان ياخذ بل يجب لانه لا يتوصل الى اقامة
ما عليه الا به اذ اشتغاله بالكسب يمنعه عن اقامة ما عليه وان كان غنيا
فكذلك ياخذ منه كفايته عند بعضهم وهو الاصح لان ماله يفرغ بالنفقة
الدائمة وفيه صيانة للحكم عن ان يهون عند الملوك ونظرا لمن يجي بعده
من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر رده عند تولية المحتاج هذا
اذا اعطوه من غير شرط ومعاقدة لعقد الاجارة فان كان بشرط ومعاقدة
لا يحل له اخذه لان القضاء طاعة فلا يجوز اخذ الاجر عليه كسائر الطاعات
وتسميته رزقا يدل على انه ما ياخذه مقدرا بالكفاية وانه ليس باجرة وقد
جرى الرسم باعطائه في اول السنة لان الخراج كان يوخذ في اول السنة
وهو يعطى منه وفي زماننا يوخذ الخراج في اخر السنة والماخوذ من الخراج
خراج السنة الماضية في الصحيح وعليه الفتوى ولو اخذ الرزق في اول
السنة ثم عزل قبل مضي السنة قيل يجب عليه رد حصة ما بقي من السنة
وقيل هو على الاختلاف في الزوجة على ما بيناه **قال** وسفر الامة وام
الولد بلا محرم اي يجوز لهما السفر بغير محرم لان الامة بمنزلة المحرم لعامة
الرجال فيما يرجع الى النظر والمس على ما بينا قبل وكما يجوز للمحرم ان يسافر
مع المحرم فكذا هي مع الاجنبي واما ام الولد فلقيام الرق فيها وكذا المكاتبة
لانها مملوكة رقبة وكذا معتقة البعض عند ابي حنيفة لانها كالمكاتبة
عنده وفي الكافي قالوا هذا في زمانهم لغلبة اهل الصلاح فيه واما في

زماننا

زماننا فلا لغلبة اهل الفساد فيه ومثله في النهاية معزيا الى شيخ الاسلام .
قال وشراء ما لا بد للصغير منه وبيعه للعم والام والملتقط لو في
حجرهم اي يجوز لهؤلاء الثلاثة ان يشتروا للصغير ويبيعوا ما لا بد له منه
اذا كان الصغير في حجرهم وذلك مثل النفقة والكسوة لانه لو لم يكن لهم
ذلك لتضرر الصغير وهو مجرد نفع واصله ان التصرف على الصغير على
ثلاثة انواع نوع هو نفع محض فيملكه كل من هو في يده وليا كان او لم يكن وليا
كقبول الهبة والصدقة ويملكه الصبي بنفسه اذا كان مميزا ونوع هو ضرر
محض كالعتاق والطلاق فلا يملكه عليه احد ونوع هو متردد يحتمل ان يكون
نفعا ويحتمل ان يكون ضررا وذلك مثل البيع والاجارة للاسترباح فلا
يملكه الا الاب والجد ووصيهما ويملكونه سوا كان الصغير في ايديهم او لم
يكن لانهم يتصرفون عليه بحكم الولاية فلا يشترط ان يكون في ايديهم وهكذا
ذكره في الكافي وفيه نوع رابع وهو الانكاح فيجوز من كل عصبة ومن ذوي الارحام
عند عدمهم عند ابي حنيفة ولا يجوز من غيرهم وقد عرف في موضعه **قال**
وتوجره امه فقط معناه ان الصغير لا يوجره احد من هؤلاء الثلاثة الا الام
فانها توجره اذا كان في حجرها ولا يوجره الاخ والعم ولا الملتقط والفرق
ان الام تملك اتلاف منافعه بغير عوض بان تستخدمه ولا يملكه هؤلاء وهذه
رواية الجامع الصغير وفي رواية القدوري يجوز ان يوجره الملتقط ويسلمه
في صناعة فجعله من النوع الاول وهذا اقرب لان فيه ضرورة ونفعا محضا
للصغير ولو اجر الصبي نفسه لا يصح لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل
لانه محض نفع بعد الفراغ فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور عليه اذا
اجر نفسه وقد ذكرناه من قبل وان كان الصغير في يد العم فاجرته امه صح
لانه من الحفظ وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز والله تعالى اعلم

كتاب احياء الموات

قال رحمه الله هي ارض تعذر زرعها لانقطاع الماء عنها او لغلبته عليها
غير مملوكة بعيدة من العامر هذا تفسير الموات من الارض وانما سميت مواتا
اذا كانت بهذه الصفة لبطلان الانتفاع بها تشبيها لها بالحيوان اذا
مات وبطل الانتفاع به واما تفسير الحياة فظاهر والمراد من الحياة هنا
الحياة النامية قال الله تعالى فاحيينا به الارض بعد موتها وقوله غير
مملوكة اي في الاسلام لان المطلق على الاطلاق ينصرف الى الكامل وكماله بان لا يكون
مملوكة لاحد لانها اذا كانت مملوكة لمسلم او ذمي كان ملكه باقيا فيها لعدم
ما يزيله فلا تكون مواتا ثم ان عرف المالك فهي له وان لم يعرف كانت لقطة

يتصرف فيها الامام كما يتصرف في جميع اللقطات والاموال الضايعة ولو ظهر
لها المالك بعد ذلك اخذها وضمن له من زرعها ان نقصت بالزراعة
وان لا فلا شي عليه وقال القدوري فما كان منها عاديا او كانت مملوكة
في الاسلام لا يعرف لها مالك بعينه المراد بالعادي ما قدم خرابه كانه
منسوب الى عاد لخرابه من عهدهم وجهل المملوك في الاسلام اذا لم يعرف
مالكه من الموات لان حكمه كالموات حيث يتصرف فيه الامام كما يتصرف في
الموات لا انه موات حقيقة على ما بينا وقوله بعيدة من العامر هو قول ابي
يوسف وحد البعيد ان يكون في مكان بحيث لو وقف انسان في اقصى العامر
فصاح باعلى صوته لم يسمع منه فانه موات وان كان يسمع فليس بموات لانه فنا
العامر فينتفعون به لانهم يحتاجون اليه لرعي مواشيهم وطرح حصايدهم
فلم يكن الانتفاع عنهم منقطعا ظاهرا فلا يكون مواتا وعند محمد رحمه الله
يعتبر حقيقة الانتفاع حتى لا يجوز احيا ما ينتفع به اهل القرية وان
كان بعيدا ويجوز احيا ما لا ينتفعون به وان كان قريبا من العامر وشمس
الايمة اعتمد قول ابي يوسف **قال** ومن احياه باذن الامام ملكه وهذا عند
ابي حنيفة وقالا يملكه باحيايه ولا يشترط فيه اذن الامام لقوله عليه
السلام من عمر ارضا ليست لاحد فهو احق بها رواه البخاري واحمد وقال عليه
الصلاة والسلام من احيا ارضا ميتة فهي له رواه احمد والترمذي وصححه
ولانه مباح سبقت يده اليه فكان احق به كالما والحطب والحشيش والصيد
والركاز ولابي حنيفة قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه
ولان هذه الاراضي كانت في ايدي الكفرة ثم صارت في ايدي المسلمين
فصارت فيئا ولا يختص بالفي احد دون راي الامام كالغنايم بخلاف المستشهد
به من الصيد وامثاله لانها لم تكن في ايدي الكفرة فلم يكن في حكم الفي
ومرويهما كان اذنا منه عليه السلام لا نصب شرع كقوله عليه السلام
من قتل قتيلا فله سلبه فانه تحريض منه بالسلب لا نصب شرع على ما بينا
في موضعه ثم اذا احياها هل هي خراجية او عشرية فهي على ما بيناه في
السير وبينا الاختلاف فيه ولو تركها بعد الاحيا وزرعها غيره قيل
الثاني احق بها لان الاول ملك استغلالها دون رقبتها والاصح ان
الاول احق بها لانه ملك رقبتها بالاحيا فلا يخرج عن ملكه بالترك ولو
احيا ارضا ميتة ثم احاط الاحيا بجوانبه الاربعة من اربعة نفر على التعاقب
تعين طريق الاول في الارض الرابعة في المروي عن محمد لانه لما احيا الجوانب
الثلاثة تعين الجانب الرابع للاستطراق ويملك الذمي بالاحيا كالمسلم لانهما

لا يختلفان في سبب الملك **قال** وان حجرها اي ان حجر الارض لا يملكها
بالتحجير لانه ليس باحيا في الاصح لان الاحيا جعلها صالحة للزراعة والتحجير
للاعلام مشتق من الحجر وهو المنع للغير بوضع علامة من حجر او بحصاد ما فيها
من الحشيش والشوك وتنقيته عنها وجعله حولها او باحراق ما فيها من الشوك
وغيره وكل ذلك لا يفيد الملك فبقيت مباحة على حالها لكنه هو اولى بها
فلا يوخذ منه الى ثلاث سنين فاذا لم يعمرها فيها اخذها الامام منه ودفعها
الى غيره لانه انما كان دفعها اليه ليعمرها فيحصل للمسلمين منفعة العشر او الخراج
فاذا لم يحصل المقصود فلا فايدة في تركها في يده وانما قدر بثلاث سنين لقول
عمر رضي الله عنه ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق ولان مدة الانتظار
ان يكون عامة حتى يشمل جميع المحتجرين وذلك بالتقدير بثلاث سنين لان
المحتجر له ان يخرج الى موضع شا من دار الاسلام واقصى دار الاسلام يقطع
في سنة فيقدر بثلاث سنين سنة للذهاب وسنة للاياب وسنة لتدبير
مصالحه فلا ينبغي لاحد ان يحيي ذلك الموضع حتى تمضي ثلاث سنين وهذا
من طريق الديانة واما في الحكم فاذا احياها غيره قبل مضيها ملكها لتحقق
سبب الملك منه دون الاول ونظيره الاستيام وهو العقد وان حفر لها
بيرا فهو تحجير وليس باحيا وكذا اذا جعل الشوك حولها او كربها او ضرب
عليها المسناة او شق لها نهرا فهو احيا كذا في المبسوط وذكر في الهداية
ولو كربها وسقاها فعن محمد انه احيا ولو فعل احدهما يكون تحجيرا وان سقاها
مع حفر الانهار كان احيا لوجود الفعلين وان حوطها وسنمها بحيث يعصم الما
يكون احيا لانه من جملة البنا وكذا اذا بذرها **قال** ولا يجوز احيا ما
قرب من العامر لتحقق حاجتهم اليه تحقيقا او تقديرا على ما بينا فصار كالنهر
والطريق وعلى هذا قالوا ليس للامام ان يقطع ما لا غنى للمسلمين عنه كالملح
والابار التي يستقي منها الناس **قال** ومن حفر بيرا في موات فله حريمها
اربعون ذراعا وهذا اذا حفر للعطن من كل جانب لقوله عليه السلام من حفر
بيرا فله مما حولها اربعون ذراعا ولان حافر البير لا يتمكن من الانتفاع
بالبير الا بما حولها لانه يحتاج الى ان يقف على شفير البير ليستقي الما والى
ان يبني على شفير البير ما يركب عليه البكرة والى ان يبني حوضا يجتمع فيه
الما والى موضع تقف فيه مواشيه حالة الشرب وبعده فقدره الشرع
باربعين ذراعا ثم قيل الاربعون من الجوانب الاربعة من كل جانب عشرة اذرع
لان ظاهر اللفظ يجمع الجوانب الاربعة والصحيح ان المراد اربعون ذراعا من كل
جانب لان المقصود دفع الضرر عنه كيلا يحفر احد بيرا بجنبها فيتحول ما الاولى

الى الثانية ولا يندفع هذا الضرر بعشرة اذرع من كل جانب فيقدر بما يتعين كيلا
يتعطل عليه المصالح ولا فرق في ذلك بين ان يكون البير للعطن او للناضح عند
ابي حنيفة رحمه الله وعندهما ان كان للعطن فاربعون ذراعا وان كانت للناضح
فحريمها ستون ذراعا لقوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بير
العطن اربعون ذراعا وحريم بير الناضح ستون ذراعا ولان استحقاق الحريم
باعتبار الحاجة وحاجة بير الناضح اكثر لانه يحتاج الى موضع يسير فيه الناضح
وهو البعير وقد يطول الرشا وفي بير العطن يستقي بيده فلا بد من التفاوت
بينهما وله ما روينا من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به
يرجح على الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولهذا رجح قوله عليه السلام
ما اخرجته الارض ففيه العشر على قوله ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة
وعلى قوله عليه السلام ليس في الخضراوات صدقة ورجح اصحابنا كلام قوله
عليه السلام التمر بالتمر مثلا بمثل على خبر العرايا ولا يقال المراد بما روي
البير للعطن بدليل سياقه عطنا لماشيته لانا نقول ذكر العطن فيه
للتغليب لا للتقييد به مثل قوله تعالى وذروا البيع وكقوله تعالى
الذين ياكلون الربا تنبيها على جميع الاشغال والمنافع والتقييد بالبيع او
الاكل لكونه غالبا ولان استحقاق الحريم حكم ثبت بالنص على خلاف القياس
لان استحقاقه باعتبار عمله وعمله في موضع البير خاصة فلا يستحق ما وراءه
ولكنا تركنا القياس بالنص فيقدر ما اتفق عليه الاثار ثبت الاستحقاق
فيه وما زاد على ذلك اخذنا فيه بالقياس حتى لا يثبت الاستحقاق بالشك
ولانه يستقى من بير العطن بالناضح ومن بير الناضح باليد فاستوت الحاجة
فيهما ولانه يمكنه ان يدير البعير حول البير ولا يحتاج الى الزيادة
قال وحريم العين خمسمائة اي خمسمائة ذراع لما روينا ولان العين
تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجتمع فيه الما ومن موضع يجري اليه ومن
موضع يجري منه الى المزرعة فقدره الشارع بخمسمائة ولا مدخل للراي
في المقادير فاقتصر عليه ثم قيل هو خمسمائة من الجوانب الاربعة من كل
جانب مائة وخمسة وعشرون ذراعا والاصح انه خمسمائة ذراع من كل جانب
والذراع هو المكسرة وهو ست قبضات وكان ذراع الملك سبع قبضات
فكسر منه قبضة وفي الكافي قيل ان التقدير في البير والعين بما ذكرنا
لصلابتها وفي اراضينا تزاد لرخاوتها لئلا يتحول الما الى الثانية
فتتعطل الاولى **قال** فمن حفر في حريمها منع منه لانه صار ملكا لصاحب
البير ضرورة تمكنه من الانتفاع بها فكان الحافر متعديا بالحفر في ملك

غير

غيره فاذا حفر رجل في حريمه كان للاول ان يكبسه لما ذكرنا انه متعد فيه
فكان له ان يمنعه ويزيل تعديه ولو اراد ان ياخذ الثاني بحفره كان
له ذلك لانه اتلف ملكه بالحفر ثم اختلفوا فيما يواخذ به قيل يكبسه
لانه ازالة لتعديه كما اذا وضع شيئا في ملك غيره وقيل يضمنه النقصان
وليس له ان يكلفه الكبس بل يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره
كان لصاحبه ان يواخذه بقيمته لا ببناء الجدار وهو الصحيح وما عطب
في البير الاولى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في حفرها اما اذا كان باذن
الامام فظاهر وكذا اذا كان بغير اذنه عندهما واما عنده فيجعل الحفر
تحجيرا وله ذلك بغير اذن الامام وان لم يثبت له الملك الا باذنه وما عطب
في الثانية فهو مضمون على الثاني لانه متعد بحفره في ملك غيره ولو حفر
الثاني بيرا في منتهى حريم البير الاول باذن الامام فذهب ما البير الاول
وتحول الى الثاني فلا شي عليه لانه غير متعد في فعله والما تحت الارض
غير مملوك لاحد فلا يكون له المخاصمة بسببه كمن بنى حانوتا بجنب حانوت
غيره فكسد الاول بسببه وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون جانب
الاول لسبق ملك الاول فيه **قال** وللقناة حريم بقدر ما يصلحه
القناة مجرى الما تحت الارض ولم يقدر حريمه بشي يمكن ضبطه وعن محمد
انه بمنزلة البير في استحقاق الحريم وقيل هذا عندهما وعند ابي حنيفة
لا حريم له ما لم يظهر على وجه الارض لانها نهر في الحقيقة فيعتبر بالنهر
قالوا عند ظهور الما بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمها بخمسمائة ذراع
وحريم شجر يغرس في الارض الموات خمسة اذرع حتى لا يملك غيره ان يغرس شجرا
في حريمه لانه يحتاج الى الحريم لجداد ثمره وللوضع فيه وروي ان رجلا غرس
شجرة في ارض فلاة فجاء اخر واراد ان يغرس شجرة اخرى بجنبها فاختصما
الى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل له عليه السلام من الحريم خمسة اذرع.
والملقى للاخر فيما وراء ذلك **قال** وما عدل عنه الفرات ولم يحتمل
عوده اليه فهو موات لانه ليس في ملك احد وجاز احياوه اذا لم يكن حريما
لعامر **قال** وان احتمل عوده لا يكون مواتا لتعلق حق العامة
به على تقدير رجوع الما اليه لان الما حقهم لحاجتهم اليه **قال**
ولا حريم للنهر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا له حريم من الجانبين
لان استحقاق الحريم للحاجة وصاحب النهر يحتاج اليه كصاحب البير والعين
وهذا لانه محتاج الى المشي على حافتي النهر ليجري الما اذا احتبس بشي وقع
فيه اذ لا يمكنه المشي وسط الما وكذا يحتاج الى موضع يلقي عليه الطين

عند الكرخي لما في النقل الى اسفله من الحرج ما لا يخفى ولهما ان استحقاق
الحريم في البئر والعين ثبت نصا بخلاف القياس فلا يلحق بهما ما ليس في
معناهما لان الحاجة فيهما متحققة في الحال اذ الانتفاع بهما لا يتاتى بدون
الحريم وفي النهر هو متوهمة باعتبار الكري فلعله لا يحتاج اليه اصلا او يمكنه
بغير الحرج في نقل الطين والمشي وسط النهر الى اسفله لكنه دون الحرج
فيهما فلا يمكن الحاقه بهما اذ شرط القياس ان يكون الفرع نظير الاصل الا
ترى ان من بنى قصرا في الصحراء لا يستحق لذلك حريما وان كان يحتاج اليه لالقاء
الكناسة فيه لانه يمكن الانتفاع بالقصر بدون الحريم ولا قياس على البئر
لان حاجته اليه دون حاجة صاحب البئر الى الحريم فاذا لم يستحق فان
تنازع في الحريم صاحب الارض وصاحب النهر وكل منهما يقول حريم النهر ملكي
كان ذلك لصاحب الارض عنده لان الظاهر يشهد له وعندهما لما كان
لصاحب النهر حريم كان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله وكانت
هذه المسئلة مبنية على استحقاق الحريم وعدمه لانه مبني على ثبوت اليد
في الحريم وعدم ثبوتها فيه فمن كانت يده ثابتة فيه كان الظاهر شاهدا
له وان كانت مسئلة مبتدأة فوجه قولهما ان صاحب النهر مستعمل للحريم
لاستمساك مائه به ولالقاء الطين فيه وكان القول قوله كما لو تنازعا
في ثوب واحد احدهما لابسه كان القول له لانه صاحب يد بالاستعمال ولابي حنيفة
ان الحريم اشبه بالارض صورة ومعنى لاتحاد المقصود فيهما والظاهر
شاهد لمن في يده ما هو اشبه به كما لو تنازعا في مصراع باب ليس هو في يدهما
والمصراع الاخر مركب على دار احدهما كان القول له فكذا هذا ولو كان
صاحب النهر مستعملا له بامساك مائه به كان صاحب الارض ايضا مستعملا له
بدفع الماء عن ارضه فاستويا من هذا الوجه ويرجح صاحب الارض من الوجه
الذي ذكرنا فكان الحريم له فيغرس ما بدا له من الاشجار ولكن ليس له ان
يهدمه لان صاحب النهر تعلق له به حق حيث يستمسك ماؤه بذلك فلا
يكون له ابطاله كما اذا كان حائط لرجل ولاخر عليه جذوع ليس له
ان يهدم حائطه لما فيه من ابطال حقه وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه
مسناة وارض لاخر خلف المسناة ليست في يد احدهما بان لم يكن لاحدهما
عليه غرس ولا طين ملقى لصاحب النهر فادعى صاحب الارض المسناة وادعاها
صاحب النهر ايضا فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة وقالا لصاحب النهر حريما لملقى
طينه وغير ذلك فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف وهو ان يكون
الحريم موازيا للارض لا فاصل بينهما وان لا يكون الحريم مشغولا بحق احدهما

معنا

معنا معلوما وان كان فيه اشجار ولا يدرى من غرسها فهو على هذا الاختلاف
ايضا وكذا القاء الطين على الخلاف والصحيح انه لصاحب النهر ما لم
يفحش ثم اذا كان الحريم لاحدهما اتفاقا كان لا يمنع الاخر من الانتفاع به على
وجه لا يبطل حق مالكه كالمرور فيه والقاء الطين عليه ونحو ذلك بذلك
جرت العادة ولا ضرر فيه على المالك لانه لا يبطل حقه قال الفقيه ابو
جعفر اخذ بقوله في الغرس وبقولهما في القاء الطين ثم عند ابي يوسف حريمه
قدر نصف بطن النهر من كل جانب وهو اختيار الطحاوي وعند محمد مقدار
بطن النهر من كل جانب وهو اختيار الكرخي وذكر في كشف الغوامض ان
الاختلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه في نهر كبير لا يحتاج فيه الى الكري في كل
حين اما الانهار الصغار يحتاج فيه الى كريها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق
مسائل الشرب **قال** هو نصيب الماء اي الشرب بالكسر نصيب
الماء والصواب نصيب من الماء قال الله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم
اي نصيب **قال** الانهار العظام كدجلة والفرات غير مملوكة ولكل ان
يسقي ارضه ويتوضا به ويشربه وينصب الرحا عليه ويكري منها نهرا الى ارضه
ان لم يضر بالعامة اما الدليل على كونها غير مملوكة فلان هذه الانهار ليس
لاحد فيها يد على الخصوص لان قهر الماء يمنع قهر غيره فلا يكون محرزا والملك
بالاحراز واذا لم يكن مملوكا لاحد كان لكل احد ان ينتفع به لقوله عليه السلام
المسلمون شركاء في ثلث في الماء والكلا والنار رواه احمد وابو داود وابن
ماجة من حديث ابن عباس والمراد بالماء ما ليس بمحرز فاذا احرز فقد ملك فخرج
من ان يكون مباحا كالصيد اذا احرز فلا يجوز لاحد ان ينتفع به الا باذنه
وشرط لجواز الانتفاع به ان لا يضر بالعامة فان كان يضر بالعامة بان يميل بالكري
او نصب الرحا فليس له ذلك لان الانتفاع بالمباح انما يجوز اذا كان لا يضر
باحد كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء والمراد بالكلا الحشيش الذي ينبت بنفسه
من غير ان ينبته احد ومن غير ان يزرعه ويسقيه فيملكه من قطعه واحرزه وان
كان في ارض غيره والمراد بالنار الاستضاءة بضوئها والاصطلاء بها والاتقاد
من لهبها وليس لصاحبها ان يمنع من ذلك اذا كانت في الصحراء بخلاف ما لو اراد
غيره ان ياخذ الجمر لانه ملكه فيتضرر بذلك فكان له منعه كسائر املاكه
الا اذا لم يكن له قيمة **قال** وفي الانهار المملوكة والابار والحياض
لكل شربه وسقي دوابه لا ارضه وان خيف تخريب النهر لكثرة البقر يمنع وانما
ثبت له حق الشرب وسقي الدابة فيه لما روينا ولان الانهار والابار والحياض
لم يوضع للاحراز والمباح لا يملك الا بالاحراز فصار كالصيد اذا تكنس في ارض

انسان لان الحاجة الى الماء تتجدد ساعة فساعة ومن سافر لا يمكنه ان يستصحب
ما يكفيه الى ان يرجع الى وطنه فيحتاج الى ان ياخذ الماء من الآبار والانهار
التي تكون على طريقه لنفسه ودابته وصاحبه لا يتضرر بذلك القدر فلو
منع من ذلك لحقه حرج عظيم وهو مدفوع شرعا بخلاف سقي الاراضي حيث يمنع
صاحب الماء عنه وان لم يكن عليه بذلك ضرر وهو المراد بقوله لا ارضه لان
في اباحة ذلك ابطال حق صاحبه اذ لا نهاية لذلك فيذهب به منفعته
فيلحقه به ضرر ولا كذلك شربه وسقي دابته لانه لا يلحقه بمثله ضرر عادة
حتى لو تحقق الضرر بكسر ضفته او غيره كان له المنع وهو المراد بقوله وان
خيف تخريب النهر لكثرة البقر يمنع لان الحق لصاحبه على الخصوص وانما اثبتنا
حق الشرب لغيره للضرورة فلا معنى لاثباته على وجه يتضرر به صاحبه اذ به
تبطل منفعته **قال** والمحرز في الكوز والجب لا ينتفع به الا باذن صاحبه
لانه ملكه بالاحراز فكان كالصيد اذا اخذه لكن فيه شبهة الشركة
نظرا الى ما روينا فيعمل فيما يسقط بالشبهات حتى لو سرقه في موضع يعز الماء فيه
وهو يساوي نصابا لم يقطع يده ولا كذلك قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما
في الارض جميعا حيث لا يورث شبهة لانه لم يجر بلفظ الشركة فلم يمنع اختصاص
البعض بالتبعيض الا ترى انه يقال هذا المال لاهل بلد كذا وان كان يختص
كل واحد منهم بما له ولا يقال انهم شركاء فيه الا اذا كان هو مشتركا بينهم ولا
يختص بعضهم بشيء منه ولانه لو اورث مثله شبهة لانسد باب اقامة الحدود
كلها حتى حد الزنا ولو كانت البير او الحوض او النهر في ملك رجل فله ان يمنع
من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا كان يجد ماء بقربه فان لم يجد يقال
له اما ان تخرج الماء اليه او تتركه ياخذ بشرط ان لا يكسر ضفته لان له حق الشفة
في الماء الذي في حوضه عند الحاجة قيل هذا اذا احتفر في ارض مملوكة له اما
اذا احتفر في ارض موات فليس له منعه لان الموات كان مشتركا للكل والاحيا
لحق مشترك وهو العشر او الخراج فلا تنقطع الشركة وحكم الكلا كحكم الماء
حتى اذا كان في ارض مملوكة قيل لمالك اما ان تقطع وتدفع اليه واما ان
تتركه لياخذ قدر ما يريد منه ولو منعه الماء وهو يخاف على نفسه ودابته
العطش كان له ان يقاتله بالسلاح لاثر عمر رضي الله عنه ولانه قصد
اتلافه بمنع الشفة وهو حقه لان الماء في البير والنهر ونحوهما مباح غير
مملوك وان كان الماء محرزا في الاواني فليس للذي يخاف الهلاك من العطش
ان يقاتله بالسلاح وله ان يقاتله بغير سلاح اذا كان فيه فضل من حاجته
لانه ملكه بالاحراز فصار نظير الطعام حالة المخمصة وفي الكافي قيل في

البير ونحوها الاولى ان يقاتله بغير سلاح لانه ارتكب معصية فصار ذلك
بمنزلة التعزير وهذا اشارة الى انه يجوز ان يقاتله بالسلاح حيث جعل الاولى
ان لا يقاتله به فيكون موافقا لما ذكرنا والشفة اذا كانت تاتي على الماء كله
بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد عليه من المواشي كثرة ينقطع الماء اختلفوا
فيه قال بعضهم لا يمنع منه لاطلاق ما روينا وقال اكثرهم له ان يمنع لانه يلحقه
ضرر بذلك كسقي الاراضي ولهم ان ياخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب
في الاصح وقال بعضهم يتوضا في النهر ويغسل الثياب فيه قلنا في ذلك حرج
بين فيدفع ولو اراد ان يسقي شجرا او خضرا في داره فحمل الماء اليه بالجرار كان
له ذلك وقال بعضهم ليس له ذلك الا باذن صاحب النهر والاول اصح
لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع منه من الدناءة قال عليه السلام
ان الله يحب معالي الامور ويبغض سفسافها وليس له ان يسقي نخيله وارضه وشجره
من نهر غيره وبيره وقناته الا باذن صاحبه وله ان يمنع من ذلك لان الماء اذا دخل
في المقاسم انقطعت شركة الشرب بالكلية اذ لو بقيت لا ينقطع شرب صاحبه
ولانه لو جاز ذلك لاحتاج الى ارضه فيفضي الى كسر ضفته والى الخرق في حريم
بئره لتسييل الماء الى ارضه ويلحقه بذلك ضرر عظيم فيمنع منه اصلا فصار
في الحاصل المياه ثلاثة انواع الانهار العظام التي لم تدخل في ملك احد والانهار
التي هي مملوكة وما صار في الاواني وقد ذكرنا حكم كل واحد منها بتوفيق الله
تعالى **قال** وكري نهر غير مملوك من بيت المال لان ذلك لمصلحة العامة
ومال بيت المال معد لها فكان مؤنة الكري منه **قال** فان لم يكن فيه شيء
يجبر الناس على كريه اي ان لم يكن في بيت المال شيء اجبر الامام الناس على كريه
لان الامام نصب ناظرا وفي تركه ضرر عظيم على الناس وقل ما ينفق العوام
على المصالح باختيارهم فيجبرهم عليه وفي نسخة قال عمر رضي الله عنه لو تركتم
لبعتم اولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين
لا يطيقونه بانفسهم كما في تجهيز الجيوش **قال** وكري ما هو مملوك على اهله
ويجبر الابي على كريه لان منفعته لهم على الخصوص فيكون مؤنته عليهم لان الغرم
بالغنم ومن ابى منهم يجبر لما ذكرنا وقيل ان كان خاصا لا يجبر والفاصل بين الخاص
والعام ان ما يستحق به الشفعة خاص وما لا يستحق به عام ووجه الفرق
بينهما ان في العام دفع الضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء ومثل هذا جائز
بالزام الضرر الخاص بل واجب اذا تعين مدفعا فدون الضرر اولى لان الابي
لا يلحقه بذلك ضرر بل يحصل له نفع بقاء ملكه فامكن اجباره عليه بخلاف ما
اذا كان خاصا لانه ليس فيه دفع ضرر عام وانما فيه دفع ضرر خاص وهو ضرر الابي

فلا يلزمه الضرر الخاص لدفع الضرر الخاص لانهما استويا ويمكنه دفع ضرر
شركائه بدون ذلك بان يرجعوا عليه بحصته من المؤنة اذا كان ذلك بامر
القاضي بخلاف ما اذا كان عاما لانه لا يمكنه الرجوع عليهم لكثرتهم وربما لا
يقبل المؤنة القسمة عليهم ولا يدري حصة كل واحد منهم ولا يقال ذكري
النهر الخاص احيا حقوق اهل الشفة فيكون في تركه ضرر عام لانا نقول
لا خير لاهل الشفة الا ترى ان اهل الشرب كلهم لو امتنعوا عن الكري
لا يجبرون في ظاهر المذهب لانهم امتنعوا عن عمارة اراضيهم ولو كان حق الشفة
معتبرا لاجبروا لدفع الضرر العام قال ومؤنة كري النهر المشترك عليهم
من اعلاه فاذا جاوز ارض رجل برئ وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
مؤنة الكري عليهم جميعا من اول النهر الى اخره بالحصص لان لكل واحد منهم
ينتفع بالاسفل كما ينتفع بالاعلى لانه يحتاج الى تسييل الفاضل من الماء
اذا سد عليه فامن الماء على ارضه وافسد زرعه فتبين ان كل واحد منهم ينتفع
بالنهر من اوله الى اخره فلهذا يستوون في استحقاق الشفعة به فاذا استووا
في الغنم وجب الاستواء في الغرم ولابي حنيفة ان مؤنة الكري على من ينتفع
بالنهر وسقي الارض منهم فاذا جاوز الكري ارض رجل فليس له في كريه نفع
منفعة فلا يلزمه شيء من مؤنته وبانتفاعه في اسفل من حيث اجراء فضل
من الماء فيه لا يلزمه شيء من عمارة ذلك الموضع الا ترى ان من له حق تسييل ما
سطحه على سطح جاره لا يلزمه عمارة ذلك الموضع باعتبار تسييل الماء فيه ولا
يتمكن من دفع ضرر الماء عنه بسد فوهة النهر من اعلاه اذا استغنى عنه فلا يحتاج
الى الكري من اسفل وزعم بعض اصحابنا ان الكري اذا انتهى الى فوهة ارضه من
النهر فليس عليه شيء من المؤنة والاصح ان عليه مؤنة الكري الى ان يجاوز حد
ارضه واليه اشار في الاصل لان له ان يتخذ الفوهة من اي موضع شاء من
ارضه ان شاء من اعلى وان شاء من اسفل وكان منتفعا بالكري لانتفاع بسقي الارض
ما لم يجاوز حد ارضه قال وليس على اهل الشفة لانهم لا يحصون اذ اهل
الدنيا كلهم حق الشفة ومؤنة الكري لا تجب على قوم لا يحصون ولان المقصود
من كري الانهار ونحوها سقي الارض واهل الشفة اتباع والمؤنة تجب على الاصول
دون الاتباع ولهذا لا يستحقون به الشفعة قال وتصح دعوى
الشرب بغير ارض في هذا استحسانا وفي القياس لا يصح لان شرط صحة الدعوى
اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام
ولانه يطلب من القاضي ان يقضي له بالملك في المدعى اذا اثبت دعواه
بالبينة والشرب لا يحتمل التمليك بدون ارض فلا يسمع القاضي فيه

الدعوى

الدعوى والخصومة كالخمر في حق المسلمين وجه الاستحسان ان الشرب مرغوب
فيه منتفع به ويمكن ان يملك بغير ارض بالارث والوصية وقد يبيع الارض
دون الشرب فيبقى له الشرب وحده فاذا استولى عليه غيره كان له ان يدفع
الظلم عن نفسه باثبات حقه بالبينة واذا كان لرجل ارض ولآخر فيها نهر
فاراد رب الارض ان لا يجري النهر في ارضه لم يكن له ذلك ويترك على حاله
لان موضع النهر منها في يد رب النهر مستعمل له باجراء مائه فيه فعند الاختلاف
القول قوله في انه ملكه فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فيها فعليه البينة
ان هذا النهر له وانه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها
فيقضي له لاثباته بالحجة ملك الرقبة اذا كان الدعوى فيه او حق الاجراء
باثبات المجرى من غيره دعوى الملك وعلى هذا المصب في نهر او على سطح او
الميزاب او الممشاة في دار غيره فحكم الاختلاف فيه نظير ما في الشرب قال
نهر بين قوم اختصموا في الشرب فهو بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود بالشرب
سقي الاراضي والحاجة الى ذلك يختلف بقلة الاراضي وكثرتها فالظاهر
ان حق كل واحد منهم من الشرب بقدر ارضه وبقدر حاجته بخلاف الطريق اذا
اختلف فيه الشركاء حيث يستوون في ملك رقبة الطريق ولا يعتبر في ذلك
سعة الدار وضيقها لان المقصود فيه الاستطراق وهو لا يختلف باختلاف
الدار ولا يقال قد استووا في اثبات اليد على النهر فوجب ان يستووا في
الاستحقاق لانا نقول الماء لا يمكن اثبات اليد عليه حقيقة اذ لا يمكن احرازه
وانما ذلك بالانتفاع به والظاهر ان الانتفاع يتفاوت بتفاوت الاراضي
فيتفاوت الاحراز الذي هو في ضمن الانتفاع فيكون في يد كل واحد منهم
بحسب ذلك وليس لاحد منهم ان يسكر النهر على الاسفل ولكنه يشرب بحصته
لان في السكر احداث شيء لم يكن في وسط النهر ورقبة النهر مشتركة بينهم ولا
يجوز ذلك لبعض الشركاء بدون اذن الشركاء فان تراضوا على ان الاعلى
يسكر النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل واحد منهم في نوبته
جاز لان المانع حقهم وقد زال بتراضيهم ولكن ان امكنه ان يسكر بلوح او باب
فليس له ان يسكر بالطين والتراب لئلا ينكبس النهر به وفيه اضرار بالشركاء
الا ان يتراضوا على ذلك ولو كان الماء في النهر بحيث لا يجري الى ارض كل واحد
منهم الا بالسكر فانه يبدا باهل الاسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك لاهل
الاعلى ان يسكروا وليس لهم ان يسكروا قبلهم لقول ابن مسعود اهل الاسفل
امراء على اهل الاعلى حتى يرووا وهذا يوجب بداية اهل الاسفل قال
وليس لاحد ان يشق منه نهرا او ينصب عليه رحى او دالية او جسرا او يوسع

من النهر او يقسم بالايام وقد وقعت القسمة بالكوى او يسوق شربه الى ارض
له اخرى ليس لها فيه شرب بلا رضاهم لان في شق النهر ونصب الرحا كسر ضفة
النهر المشترك وشغل الملك المشترك بالبناء وفي الكوى تغيير الماء عن سننه
الا ان يكون الرحا لا تضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في ارض صاحبها
فيجوز لان ما يحدث من البناء في خالص ملكه وبسبب الرحا لا ينتقص الماء وعني
الضرر بالنهر كسر ضفته وبالماء ان يتغير عن سننه او ينتقص ولم يوجد شيء
من ذلك فيجوز والمانع من الانتفاع بالمانع نفيا به على ماله متعنت وقصدا
الى الاضرار بغيره لا دافع الضرر عن نفسه فلا يلتفت الى تعنته والدالية
والسانية بمنزلة الرحا وفي القنطرة والجسر اشغال الموضع المشترك
فيمنع منه ولا يكون له ذلك الا برضاهم الدالية جذع طويل يركب تركيب مداق
الارز في رأسه مغرفة كبيرة يستقى بها وقيل هو الدولاب والسانية البعير
يستقى عليه من البير والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذا من الالواح
والخشب والقنطرة ما يتخذ من الاجر والحجر يكون موضوعا ولا يرفع واذا
كان نهر خاص لرجل يأخذ من نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر عليه ويسده
من جانبيه كان له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وان كان مقنطرا
مسدودا من الجانبين فاراد ان ينقض ذلك لعلة او غير علة فان كان ذلك
لا يزيد في اخذ الماء كان له ذلك لانه يرفع بناء هو خالص حقه وملكه وان كان
يزيد في اخذ الماء منع منه لحق الشركاء وانما لا يكون له ان يوسع فم النهر لان
فيه كسر ضفته ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وهذا ظاهر فيما اذا لم
يكن القسمة بالكوى وكذا اذا كانت بالكوى لانه اذا اوسع فم النهر يحبس
الماء في ذلك الموضع فيدخل في كوته اكثر مما كان يدخل قبله وكذا اذا اراد
ان يؤخر فم النهر فيجعله في اربعة اذرع من فم النهر لانه يحبس الماء فيه فيزداد
دخول الماء فيه بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعه من حيث العمق
في مكانه حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل وقع
باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع في العمق
هو العادة فلا يؤدي الى تغيير موضع القسمة فلا يمنع وانما لا يكون
له ان يقسم بالايام بعد ما وقعت القسمة بالكوى لان القديم يترك
على حاله لظهور الحق فيه ولو كان لكل واحد منهم كوى مسماة في نهر خاص
لم يكن لواحد منهم ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة
بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل واحد منهم ان يشق نهرا
منه ابتداء فكان له الكوى بالطريق الاولى وانما لا يكون له ان يسوق شربه

لـ

الى ارض له اخرى ليس لها فيه شرب لانه اذا فعل ذلك يخشى ان يدعي حق الشرب
لها من هذا النهر مع الاولى اذا تقادم العهد ويستدل على ذلك بالحضور
لاجل الماء فيه النهار وكذا لو اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى حتى ينتهي
الى الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء
قبل ان يسقي الاخرى وهو نظير طريق مشترك اراد احدهم ان يفتح فيه بابا
الى دار اخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق بخلاف
ما اذا كان ساكن الدارين واحدا حيث لا يمنع لان المارة لا تزداد وله حق
المرور ويتصرف في خالص ملكه وهو الجدار بالرفع ولو اراد الاعلى من الشريكين
في النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن ارضه
كيلا ينز ليس له ذلك لما فيه من الاضرار بالاخر وكذا اذا اراد ان يقسم النهر
مناصفة لان القسمة بالكوى تقدمت الا ان يتراضيا لان الحق لهما وبعد
التراضي لصاحب الاسفل ان ينقض ذلك وكذا لورثته من بعده لانه
اعارة الشرب لا مبادلة لان مبادلة الشرب بالشرب باطلة وكذا اجارة
الشرب لا يجوز لما عرف في موضعه فتعين الاعارة وهذا لان القسمة
بالكوى قدم وليس لاحدهما ان ينقض تلك القسمة فاذا تراضيا على
خلاف ذلك يكون كل واحد منهما معيرا نصيبه لصاحبه فيرجع فيها هو او
ورثته اي وقت شاء ولان العارية غير لازمة **قال** ويورث الشرب
ويوصى بالانتفاع بعينه ولا يباع ولا يوهب والفرق ان الورثة خلفاء
الميت فيقومون مقامه في حقوق الميت واملاكه وجاز ان يقوموا مقامه
فيما لا يجوز تمليكه بالمعاوضات والتبرعات كالدين والقصاص والخمر وكذا
الشرب والوصية اخت الميراث فكانت مثله بخلاف البيع والهبة والصدقة

والوصية بذلك حيث لا يجوز للغرر او للجهالة او لعدم الملك فيه في الحال
او لانه ليس بمال متقوم حتى لو اتلف شرب انسان بان سقى ارضه من شرب
غيره لا يضمن في رواية الاصل وكذا لا يصلح بعقد والوصية ببيعه وهبته
والتصدق به مثل بيعه والتصدق به فلا يجوز بخلاف الوصية بالانتفاع
به على ما بينا وكذا لا يصلح مسمى في النكاح ولا في الخلع ولا في الصلح
عن دم عمدا وعن دعوى لكن هذه العقود صحيحة لانها لا تبطل بالشروط
الفاسدة ولا يملك الشرب لانه لا يملك بسائر الاسباب فكذا بهذا السبب
ويجب على الزوج مهر المثل وعلى المرأة رد ما اخذت من المهر وعلى القاتل
الدية وللمدعي ان يرجع على دعواه لبطلان المسمى ولو مات وعليه ديون
لا يباع الشرب بدون الارض لما ذكرنا وان لم يكن له ارض قيل يجمع الماء

كل نوبته في حوض فيتبايع الماء إلى أن ينقضي دينه من ذلك وقيل ينظر الامام
إلى أرض لا شرب لها فيضم هذا الشرب إليها فيبيعهما برضا صاحبها ثم ينظر
إلى قيمة الأرض بدون الشرب وإلى قيمتها معه فيصرف تفاوت ما بينهما من
الثمن إلى قضاء دين الميت والسبيل إلى معرفة قيمة الشرب إذا أراد قسمة
الثمن على قيمتهما أن يقوم الشرب على تقدير أن لو كان يجوز بيعه وهو نظير
ما قال بعضهم في العقر الواجب بشبهة ينظر إلى مثل هذه المرأة بكم كانت
تستأجر على الزنا فذلك القدر هو عقرها في الوطء بشبهة وإن لم يجد اشترى
على تركة هذا الميت أرضا بغير شرب ثم ضم هذا الشرب إليها وباعهما فيؤدي
من الثمن ثمن الأرض المشتراة والفاضل للغرماء **قال** ولو ملأ أرضه ماء
فنزت أرض جاره أو غرقت لم يضمن لأنه مسبب وليس بمتعد فيه فلا يضمن لأن
شرط وجوب الضمان في التسبيب أن يكون متعديا ألا ترى أن من حفر بئرا
في أرضه لا يضمن ما عطب فيها لما قلنا وإن حفره في الطريق يضمن وإنما قلنا
إنه ليس بمتعد لأن له أن يملأ أرضه ماء ويسقيها قالوا هذا إذا سقى أرضه
سقيا معتادا بأن سقاها قدر ما تحتمله عادة وأما إذا أسقاها سقيا
لا تحتمله أرضه فيضمن ونظيره ما لو أوقد نارا في داره فاحترق دار جاره
فإنه إن كان أوقد مثل العادة لا يضمن وإن كان بخلاف العادة يضمن وكان
الشيخ الامام اسمعيل يقول إنما لا يضمن بالسقي المعتاد إذا كان محقا فيه
بأن سقى أرضه في نوبته مقدار حقه وأما إذا سقاها في غير نوبته أو في
نوبته زيادة على حقه فيضمن لوجود التعدي بالتسبيب والله أعلم

كتاب الأشربة

قال والشراب ما يسكر يعني في اصطلاح الفقهاء وهو في اللغة اسم
لكل ما يشرب من المائعات والأشربة جمع شراب والمراد به هنا ما حرم شربه
وكان مسكرا **قال** والمحرم منها أربعة الخمر وهي التي من ماء العنب إذا
غلا واشتد وقذف بالزبد وحرم قليلها وكثيرها وقال بعضهم كل مسكر
خمر لما روي عن ابن عمر أنه عليه السلام قال كل مسكر خمر وكل مسكر حرام رواه
مسلم وأبو داود والترمذي وغيرهم وفي لفظ كل مسكر خمر وكل خمر حرام رواه
مسلم ولقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة رواه
مسلم وأبو داود والترمذي وجماعة أخر وعن النعمان بن بشير قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم إن من الحنطة خمرا وإن من الشعير خمرا ومن
الزبيب خمرا ومن التمر خمرا ومن العسل خمرا رواه أبو داود والترمذي
وجماعة أخر ولأنها سميت خمرا لمخامرتها العقل والسكر يوجد بشرب غيرها

وكان خمرا ولنا أن الخمر حقيقة اسم للنيء من ماء العنب المسكر باتفاق أهل
اللغة وغيره يسمى مثلثا أو باذقا إلى غير ذلك من أسمائه وتسمية
غيرها خمرا مجاز وعليه يحمل الحديث أو على بيان الحكم إن ثبت لأنه عليه
السلام بعث له لا لبيان الحقائق ولا نسلم أنها سميت خمرا لمخامرتها العقل
بل لتخمرها ولئن سلمنا أنها سميت بالخمر لمخامرتها العقل لا يلزم منه أن يسمى
غيرها بالخمر قياسا لا يجري عليها لأن القياس لإثبات الأسماء اللغوية باطل
وإنما هو لتعدية الحكم الشرعي على ما عرف في موضعه ألا ترى أن البرج سمي برجا
لتبرجه وهو الظهور وكذا النجم سمي نجما لظهوره ثم لا يسمى كل ظاهر برجا
ولا نجما وكذا الأبلق للفرس الأبلق لأجل لون مخصوص ثم لا يسمى الثوب به وإن
كان فيه ذلك اللون وما ذكره في المختصر من حد الخمر هو قول أبي حنيفة
رحمه الله وعندهما إذا اشتد صار خمرا ولا يشترط فيه القذف بالزبد
لأن اللذة المطربة والقوة المسكرة تحصل به وهو المؤثر في إيقاع العداوة
والصد عن الصلاة وأما القذف بالزبد فصفة ولا تأثير له في إحداث
صفة السكر وله أن الغليان بداية الشدة وكماله بقذف الزبد لأنه
يتميز به الصافي عن الكدر وأحكام الشرع المتعلقة بها قطعية كالحد
والإكفار لمستحلها ونحو ذلك فيناط بالنهاية وقيل يؤخذ في حرمة الشرب
بمجرد الاشتداد وفي وجوب الحد على الشارب بقذف الزبد احتياطا والكلام
فيها في مواضع أحدها في بيان ماهيتها والثاني في وقت ثبوت هذا
الاسم لها وقد بيناهما والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف
عليه بخلاف غيرها من الأشربة فإن حرمتها متوقفة على السكر ومن الناس
من يقول غير المسكر منها ليس بحرام كغيرها من الأشربة لأن الفساد لا يحصل
به وهذا كفر لأنه يخالف الكتاب والسنة والإجماع ولأن قليله يدعو إلى
كثيره وهو من خواص الخمر بأن يزداد اللذة باستكثارها بخلاف سائر
المشروبات وجاز أن يحرم لأجل لذتها أيضا بل هو الظاهر لما في اللذة
بها من الاشتغال عن الخيرات والتشبه بالمترفين ألا ترى أنه عليه السلام
قال من شرب الخمر في الدنيا ثم لم يتب حرمها في الآخرة رواه البخاري ومسلم
وغيرهما وهذا مطلق من غير قيد بالسكر فيتناولها مطلقا والدليل
عليه أن التي في الآخرة غير مسكرة والتنعم بها في الدنيا هو الذي يوجب
حرمانها في الآخرة كما قال تعالى أذهبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا
ونظيره لبس الحرير فإن من لبسه في الدنيا لا يلبسه في الآخرة لأجل التنعم
به لا غير والشافعي يعدي الحكم أو الاسم إلى غيرها وهو تعطيل لأن النص

وردّ بعينها لذاتها بقوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب
ولا يجوز التعليل مع النص على عدم التعليل وكذا لا يجوز التعليل لتعديته
الاسم على ما بينا والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوت حرمتها
بدليل مقطوع به والخامس ان مستحلها يكفر لانكاره الدليل القطعي والسادس
سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن غاصبها ومتلفها ولا يجوز بيعها لقوله
عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها رواه مسلم واحمد ولان الله تعالى
لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها واختلفوا في سقوط ماليتها
وقال صاحب الهداية والاصح انها مال لان الطباع تميل اليها وتضن بها
والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام ولان الله تعالى امرنا
باجتنابها وفي الانتفاع بها اقترابها والثامن ان يحد شاربها وان لم يسكر
منه شيئا لما بينا من قبل والتاسع ان الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت
الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لان
الحد في النيء خاصة لما ذكرنا فلا يتعدى الى المطبوخ والعاشر جواز تخليلها
على ما يجيء من بعد ان شاء الله تعالى **قال** والطلاء وهو العصير ان طبخ حتى
ذهب اقل من ثلثيه وهو النوع الثاني من الاشربة المحرمة وقال في المحيط
الطلاء اسم للمثلث وهو ما اذا طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه
وصار مسكرا وهو الصواب لما روي ان كبار الصحابة كانوا يشربون من الطلاء
ما ذهب ثلثاه وبقي ثلثه على ما يجيء من قريب وانما سمي طلاء لقول عمر رضي الله
عنه ما اشبه هذا بطلاء البعير وهو القطران الذي يطلى به البعير
اذا كان به جرب وهو يشبهه وفي الهداية هو مثل ما ذكره في المختصر وهو
الذي طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه ويسمى الباذق ايضا سواء كان الذاهب
قليلا او كثيرا بعد ان لم يكن الذاهب ثلثين والمنصف منه وهو ما ذهب
نصفه وبقي النصف وكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد
واذا اشتد ولم يقذف بالزبد فهو على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح
وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه كالخمر لانه
رقيق ملذ مطرب يدعو قليله الى كثيره وهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه
دفعا للفساد المتعلق به كالخمر بخلاف المثلث فانه ثخين وليس برقيق
فلا يدعو قليله الى كثيره **قال** والسكر وهو النيء من ماء الرطب وهو النوع
الثالث من الاشربة المحرمة مشتق من سكرت الريح اذا سكنت وانما يحرم
اذا اشتد وقذف بالزبد وقيل حلال وقال شريك بن عبد الله هو
مباح وان قذف بالزبد لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا

امتن علينا به والامتنان لا يتحقق بالمحرم ولنا ما رويناه من قبل واجماع
الصحابة رضي الله عنهم والاية محمولة على الابتداء حين كانت الاشربة
مباحة وقيل اريد بها التوبيخ معناها والله اعلم تتخذون منه سكرا
وتدعون رزقا حسنا **قال** ونقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب
وهو النوع الرابع من الاشربة المحرمة اذا اشتد لما روي عن ابن عباس انه
عليه السلام كان ينقع له الزبيب فيشربه اليوم والغد وبعد الغد
الى مساء الثالثة ثم يامر به فيسقى الخدم رواه مسلم وفي رواية فان بقي شيء
اهراقه او امر به فاهريق وشرط حرمته ان يقذف بالزبد بعد الغليان
ويأتي فيه خلاف الاوزاعي كما في الباذق والوجه قد بيناه ثم حرمة
هذه الاشياء دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ولا يجب الحد بشربها حتى
يسكر ونجاستها خفيفة في رواية ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند ابي حنيفة
على ما بينا في الغصب وعن ابي يوسف ان بيعها يجوز اذا كان الذاهب بالطبخ
اكثر من النصف بخلاف الخمر لان حرمتها قطعية فيكفر مستحلها ويحد شاربها وان
لم يسكر ولو قطرة ونجاستها غليظة رواية واحدة ولا يجوز بيعها ولا يضمن
متلفها وحرمة غيرها من الاشربة غير قطعية فلا يكون مثلها **قال**
والكل حرام اذا غلا واشتد وحرمتها دون حرمة الخمر فلا يكفر مستحلها
بخلاف الخمر وقد بينا وجهها واحكامها فلا حاجة الى اعادته **قال**
والحلال منها اربعة نبيذ التمر والزبيب ان طبخ ادنى طبخة وان اشتد
اذا شرب ما لا يسكره بلا لهو وطرب والخليطان ونبيذ العسل والتين
والبر والشعير والذرة طبخ او لا والمثلث العنبي اما الاول وهو نبيذ
التمر والزبيب اذا طبخ ادنى طبخة وهو ان يطبخ الى ان ينضج فلما روي عن
ابي قتادة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تنتبذوا الزهو والرطب
جميعا ولا تنتبذوا الرطب والزبيب جميعا ولكن انتبذوا كل واحد منهما
على حدته رواه مسلم واحمد ورواه البخاري وذكر التمر بدل الرطب وهذا
نص على ان المتخذ من كل واحد منهما مباح وعن ابي سعيد ان النبي صلى الله عليه
وسلم نهى عن التمر والزبيب ان يخلط بينهما في الانتباذ الحديث الى ان قال
من شربه منكم فليشربه زبيبا فردا او تمرا فردا او بسرا فردا رواه مسلم
والنسائي وقد ورد في النهي عن الخليطين احاديث كثيرة كلها صحاح
وكلها تدل على ان كل واحد منهما على الانفراد يحل وهذا محمول على المطبوخ منه
لان غير المطبوخ حرام باجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما بينا وكذا ما روي
عن انس رضي الله عنه ان الخمر حرمت والخمر يومئذ البسر والتمر رواه البخاري

وسلم واحمد فالمراد به غير المطبوخ لان حكمه حكم الخمر فلهذا اطلق عليه اسم
الخمر وقد ورد في حرمة المتخذ من التمر احاديث كلها صحاح فاذا حمل المحرم
على النيء والمحلل على المطبوخ فقد حصل التوفيق بين الادلة وارتفع
التعارض واما الثاني وهو الخليطان فلما روي عن عائشة رضي الله
عنها انها قالت كنا ننبذ لرسول الله صلى الله عليه وسلم في سقاء فنأخذ
قبضة من تمر وقبضة من زبيب فنطرحها فيه ثم نصب عليه الما فننبذه
غدوة فيشربه عشية وننبذه عشية فيشربه غدوة رواه ابن ماجة
وروي عن ابن زياد قال سقاني ابن عمر شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت
اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهو محمول
على المطبوخ لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب النيء منه وما روي من
النهي عن الخليط فيما روينا محمول على حالة القحط والعوز لئلا يجمع بين
النعمتين وجاره محتاج بل يؤثر باحدهما جاره والاباحة كانت في حالة
السعة والحمل مأثور عن ابرهيم النخعي رضي الله عنه واما الثالث وهو نبيذ
العسل والتين والبر والشعير فلقوله عليه السلام الخمر من هاتين
الشجرتين النخلة والعنبة رواه مسلم واحمد وغيرهما خص التحريم بهما والمراد
بيان الحكم اي حكمهما واحد لان كلا منهما يسمى خمرا حقيقة ولا يشترط فيه
الطبخ لان قليله لا يفضي الى الكثير كيف ما كان واما الرابع وهو المثلث
وهو ما طبخ من ما العنب حتى يذهب ثلثاه ويبقى الثلث فلما روي عن
ابي موسى الاشعري انه كان يشرب من الطلاء ما ذهب ثلثاه وبقي ثلثه رواه
النسائي وله مثله عن عمر وابي الدردا وقال البخاري راى عمر وابو عبيدة
ومعاذ شرب الطلاء على الثلث وشرب البراء وابو جحيفة على النصف وقال
ابو داود سالت احمد عن شرب الطلاء اذا ذهب ثلثاه وبقي ثلثه فقال
لا باس به قلت انهم يقولون انه يسكر فقال لا يسكر لو كان يسكر ما احله عمر
ولانه لا يحصل به الفساد من الصد والقا العداوة بالشرب القليل منه بخلاف
الخمر فانها حرمت لعينها فلا يشترط فيها السكر ولان قليلها يدعو الى
الكثير على ما بينا ولا كذلك المثلث لانه لغلظه لا يدعو الى الكثير وهو في
نفسه غذا فبقي على اصل الاباحة وهذا كله قول ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد ومالك والشافعي كل ما اسكر كثيره فقليله حرام من اي نوع كان
لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وكل مسكر حرام رواه احمد ومسلم من رواية ابن
عمر رضي الله عنهما وعن عائشة رضي الله عنها قالت سئل النبي صلى الله عليه
وسلم عن البتع وهو نبيذ العسل وكان اهل اليمن يشربونه فقال كل

شراب

شراب اسكر فهو حرام رواه البخاري ومسلم واحمد وعن ابي موسى قال قلت
يا رسول الله افتنا في شرابين كنا نصنعهما باليمن البتع وهو من العسل
ينبذ حتى يشتد قال وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد اعطي جوامع
الكلم بخواتمه فقال كل مسكر حرام رواه البخاري ومسلم واحمد وعن ابن عمر
انه عليه السلام قال ما اسكر كثيره فقليله حرام رواه احمد وابن ماجة
والدارقطني وصححه وفيه من الاخبار الصحاح ما لا يحصى ولنا ما روينا
من اطلاق الاشياء على الانفراد والخليط ولان المسكر هو القدح الاخير
حقيقة فيحمل عليه اذ الحكم يضاف الى الوصف الاخير من علة ذات
اوجه فتقتصر الحرمة عليه ويقطع الاسراف في الاكل فان الزايد
على الشبع هو الحرام لا غير وهذا الاختلاف فيما اذا قصد به التقوي
دون التلهي واذا قصد به التلهي فهو حرام بالاجماع وعن محمد انه قال
مثل قولهما وعنه انه كرهه وعنه انه توقف فيه فاذا كان مباحا عندهما
فلا يحد شاربه وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النايم
وذاهب العقل بالبنج ولبن الرماك وعند محمد يحد اذا سكر منه ويقع
طلاقه اذا طلق امراته وهو سكران منه كما في ساير الاشربة المحرمة وكان
ابو يوسف اولا يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد
فاني اكرهه وكان قوله في الاول مثل قول محمد الا انه تفرد بهذا الشرط
ومعنى قوله لا يفسد لا يحمض لان بقاه في هذه المدة من غير ان يفسد دليل
قوته وشدته وكان اية حرمته ومثله مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما
ثم رجع الى قول ابي حنيفة فاعتبر حقيقة الشدة كما يعتبرها ابو حنيفة
على الحد الذي ذكرنا فيما يحرم شربه اصلا كالخمر والثلاثة المحرمة
وفيما يحرم السكر منه والفتوى في زماننا بقول محمد رحمه الله حتى يحد
من سكر من الاشربة المتخذة من الحبوب والعسل واللبن والتين
لان الفساق يجتمعون على هذه الاشربة في زماننا ويقصدون السكر
والتلهي بشربها وعن ابي حنيفة المتخذ من لبن الرماك لا يحل اعتبارا بلحمه
اذ هو متولد منه والاصح انه يحل عنده على ما ذكره صاحب الهداية لان
كراهية لحمه لاحترامه او لئلا يؤدي الى قطع مادة الجهاد فلا يتعدى
الى لبنه والمثلث اذا اصب عليه الما وطبخ فحكمه حكم المثلث لان صب
الما فيه لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا اصب الما على العصير ثم طبخ
حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما
ولا يدري ايهما ذهب اكثر فيحتمل ان يكون الذاهب من العصير اقل من

ثلثيه ولو طبخ العنب قبل العصر اكتفى بادنى طبخه في رواية عن ابي حنيفة
وفي رواية انه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ لان العصير موجود فيه
من غير تغير فصار كما لو طبخ بعد العصر ولو جمع بين العنب والتمر او بينه
وبين الزبيب وطبخ لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر او الزبيب ان
كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر
جانب العنب احتياطا للحرمة وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع
التمر لما قلنا ولو طبخ طبيخ نقيع التمر ونقيع الزبيب ادنى طبخة ثم
نقع فيه تمرا او زبيبا ان كان ما نقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من
مثله فلا باس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لا يحل كما اذا صب في
المطبوخ قدح من نقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه
لان التحريم للاحتياط والاحتياط في الحد في درئه ولو طبخ الخمر او
غيره بعد الاشتداد حتى ذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا
ترتفع بالطبخ **قال** رحمه الله وحل الانتباذ في الدباء والحنتم
والمزفت والنقير لما روي عن بريدة انه عليه السلام قال كنت نهيتكم
عن الاشربة في ظروف الادم فاشربوا في كل وعاء غير ان لا تشربوا مسكرا
رواه مسلم واحمد وغيرهما وفي رواية نهيتكم عن الظروف وان ظرفا
لا يحل شيئا ولا يحرمه وكل مسكر حرام رواه مسلم وابو داود وجماعة اخر
وكان الانتباذ في هذه الاوعية حراما قال ابن عمر نهى رسول الله صلى
الله عليه وسلم عن الحنتمة وهي الجرة ونهى عن الدباء وهي القرعة ونهى
عن النقير وهي اصل النخل ينقر نقرا او ينسج نسجا ونهى عن المزفت وهو
المقير الحديث ثم نسخ بما روينا وقال ابو هريرة الحنتم الجرار الخضر ونهى
النبي صلى الله عليه وسلم النقير بالجذع ينقر وسطه وقيل الحنتم الجرار
الحمر ثم ان انتبذ في هذه الاوعية قبل استعمالها في الخمر لا اشكال في
حله وطهارته وان استعمل فيها الخمر ثم انتبذ فيها ينظر فان كان
الوعاء عتيقا طهر بغسله ثلاثا وان كان جديدا لا يطهر عند محمد
لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف يغسل ثلاثا ويجفف
في كل مرة وهي مسالة غسل ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف
يملا ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير لونا او طعما
او رائحة حكم بطهارته **قال** وخل الخمر سواء خللت او تخللت
اي حل خل الخمر ولا فرق في ذلك بين ان يتخلل هو او يخلل وقال
الشافعي ان خللها بالقاء شيء فيها كالملح والخل لا يحل ذلك الخل قولا

واحدا

واحدا وان كان بغير القاء شيء فيها بان كان بالنقل من الظل الى الشمس او ايقاد
النار بالقرب منها فلا يحل ذلك الخل وان صار بذلك خلا فله فيه
قولان له ما روي عن انس انه عليه السلام سئل عن الخمر تتخذ خلا فقال
لا رواه مسلم واحمد وابو داود والترمذي وصححه وعن انس ان ابا طلحة
سال النبي صلى الله عليه وسلم عن ايتام ورثوا خمرا قال اهرقها قال افلا
نجعلها خلا قال لا رواه احمد وابو داود ولانا امرنا باجتناب الخمر وفي
التخليل اقتراب منها على وجه التمول فلا يجوز لانه يضاد الامر ولان
ما يلقى في الخمر يتنجس باول الملاقاة وما يكون نجسا لا يفيد الطهارة
بخلاف ما اذا تخللت بنفسها لانه لم يوجد فيه تنجس بالملاقاة ولا
اقتراب حرام وهو نظير قتل المورث فانه يحرم الارث لمباشرته الحرام وان
مات بنفسه ورثه وكذا صيد الحرم لا يحل له اذا اخرجه بل يجب عليه
رده اليه ولو خرج بنفسه حل ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخل
مطلقا فيتناول جميع صورها ولان بالتخليل ازالة الوصف المفسد
واثبات صفة الصلاح فيه من حيث تسكين الحرارة وكسر الشهوة
والتغذي به والاصلاح مباح كالدباغ وكذا الصالح للمصالح مباح
والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل اولى لما
فيه من احراز مال يصير حلالا في المال فيختاره من ابتلي به والنهي عنه
بما روي ان يستعمل الخمر استعمال الخل بان ينتفع بها انتفاعه كالائتدام
وغيره وهو نظير ما روي انه عليه السلام نهى عن تحليل الحرام وتحريم
الحلال وان يتخذ الدواب كراسي والمراد الاستعمال وفي التنزيل اتخذوا
احبارهم ورهبانهم اربابا من دون الله قال عدي بن حاتم ما عبدناهم
قط قال عليه السلام اليس كانوا يامرون وينهون وتطيعونهم قال
نعم فقال هو ذلك فقد فسر الاتخاذ بالاستعمال او نقول ليس فيما روي
دلالة على ان الخمر لا تطهر بالتخليل ولا له تعرض لذلك اصلا وانما هو
حرمة الفعل وهو التخليل لا غير وذلك لا يمنع حصول الطهارة اذا وجد
الا ترى انا نهينا عن التوضي بماء مملوك للغير بدون رضاه وعن الاستنجاء
باشياء كثيرة ثم اذا فعل ذلك تحصل به الطهارة وكذا الصلاة في الارض
المغصوبة والبيع منهي عنه ثم اذا فعل يفيد حكمه مع حرمته ونجس الشيء
الملقى فيها مجاورة فاذا صارت هي خلا طهرت بالاستحالة ولم يبق مجاورا
للنجاسة الا ترى ان ظروفها طاهرة لان نجسه بنجاستها فاذا طهرت بالتخلل
جميع اجزائها لم يوجد المنجس وليس فيه تصرف في الخمر على قصد التمول بل

هو الملاقي لعين الخمر به وما كذلك اخراج صيد الحرم وقتل المورث فافترقا
ثم اذا صارت الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فاما اعلاه وهو الذي
انتقص منه الخمر فقد قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه نجس باصابة
الخمر ولم يوجد ما يوجب طهارته فيبقى نجسا على ما كان ولو غسل بالخل
فتخلل من ساعته طهر للاستحالة وكذا اذا صب منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر
في الحال لما قلنا **قال** ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به لان فيه
اجزاء الخمر فكان حراما نجسا والانتفاع بمثله حرام ولهذا لا يجوز ان يداوى
به جرحا ولا ان يسقى ذميا ولا صبيا والوبال لمن سقاه وكذا لا يسقيها
الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا باس به كما في الكلب
والميتة ولو القي الدردي في الخل فلا باس به لانه يصير خلا لكن يباح
حمل الخل اليه دون عكسه **قال** ولا يحد شاربه اي شارب الدردي
الا اذا سكر وقال الشافعي يحد شاربه لان الحد يجب بشرب قطرة من الخمر
وفي الدردي قطرات منها ولنا ان وجوب الحد للزجر والزاجر شرع فيما
تميل الطباع اليه ولا تميل الطباع الى شرب الدردي بل تعافه وتنفر
منه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر
بخلاف الخمر لان النفس تميل اليها وقليلها يدعو الى الكثير ولا كذلك
الدردي لان الغالب عليه الثفل فاشبه غالب الماء ولو جعلت الخمر
في مرقة فطبخت لا تؤكل للتنجس والطبخ لا يؤثر في الخمر ولو اكل منه لا يحد
الا اذا سكر لغلبة غيرها عليها او لكونها مطبوخة وكذا اذا عجن
الدقيق بها ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل لانه انتفاع
بالنجس المحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب وذكر في النهاية
ان الاستشفاء بالحرام جائز اذا علم ان فيه شفاء ولم يعلم دواء آخر غيره
وعزاه الى الذخيرة **فصل في طبخ العصير**
الاصل فيه ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد لا يعتبر به حتى يعتبر
ذهاب ثلثي ما بقي فيحل الثلث الباقي بعده ولو صب فيه الماء قبل الطبخ
ثم طبخ بمائه ينظر ان كان الماء اسرع ذهابا للطافته ورقته يعتبر
ذهاب ثلثي العصير بعد ذهاب الماء الذي صب فيه كله وبعد ذهاب
الزبد فيحل الثلث الباقي من العصير لان الذاهب الاول هو الماء والزبد
والثاني هو العصير فلا بد من ذهاب ثلثيه وان كانا يذهبان معا فيطبخ
حتى يذهب ثلثا المجموع بعد ذهاب الزبد فيحل الثلث الباقي لذهاب
الثلثين وبقاء الثلث ماء وعصيرا ولو طبخ العصير فذهب اقل من الثلثين

ثم اهريق بعضه لا يحل الباقي حتى يذهب ثلثاه بالطبخ وطريق معرفته
ان ياخذ ثلث الجميع فيضربه في الباقي بعد الانصباب ثم يقسم الخارج من
الضرب على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل ان ينصب منه شيء فما اصاب
الواحد بالقسمة فذلك القدر هو الحلال فيطبخ الباقي الى ان يبقى
قدره فيحل مثاله اثنا عشر رطلا من العصير طبخ حتى ذهب اربعة ارطال
ثم اهريق رطلان ياخذ ثلث العصير كله وهو اربعة فيضربه فيما بقي بعد
الانصباب وهو ستة فيصير اربعة وعشرين فيقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما
ذهب منه بالطبخ قبل ان يهراقه وذلك ثمانية فيصيب كل واحد منها
ثلاثة فيكون ذلك القدر هو الحلال فيطبخ الباقي الى ان يبقى قدره
فيحل وان شئت قسمت ما ذهب بالطبخ على المنصب وعلى ما بقي بعد الانصباب
فما اصاب المنصب يجعل مع المنصب كانه لم يكن وكان جميع العصير هو الباقي
وما اصابه من الذاهب بالطبخ وقد ذهب منه ذلك القدر فيطبخ حتى يذهب
الى تمام الثلثين وان شئت قلت ان الباقي بعد الطبخ قبل الانصباب ثلثه
حلال وهو قدر ثلث الجميع فاذا اهريق بعضه اهريق من الحلال بحسابه فيطبخ
الباقي حتى يبقى قدر ما فيه من الحلال **كتاب**
الصيد قال رحمه الله هو الاصطياد اي الصيد هو الاصطياد في
اللغة يقال صاد يصيد او سمي به المصيد تسمية للمفعول بالمصدر فصار
اسما لكل حيوان متوحش ممتنع عن الادمي ماكولا كان او غيره ماكول والاصطياد
مباح في غير الحرم لغير المحرم وكذا المصيد ان كان ماكولا لقوله تعالى واذا
حللتم فاصطادوا ولقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما
ولقوله عليه السلام الصيد لمن اخذه ولقوله عليه السلام لعدي
ابن حاتم اذا ارسلت كلبك فاذكر اسم الله فان امسك عليك فادركته
حيا فاذبحه وان ادركته قد قتل ولم ياكل منه فكله فان اخذ الكلب
ذكاة رواه مسلم والبخاري واحمد ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو
مخلوق لذلك فكان مباحا كالاحتطاب ليتمكن المكلف من اقامة التكليف
قال ويحل بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة
اي يحل الاصطياد بهذه الاشياء وغيرها من الجوارح كالشاهين والباشق
والعقاب والصقر وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع
وذي مخلب من الطير فلا باس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك
ذكاته فتذكيه والاصل فيه قوله تعالى احل لكم الطيبات وما علمتم من
الجوارح وهو معطوف على الطيبات والجوارح الكواسب والجرح الكسب

قال الله تعالى ويعلم ما جرحتم بالنهار اي كسبتم وقيل هو ان يكون جارحة
بنابها ومخلبها حقيقة ويمكن حمل الآية على المعنيين فيشترط الجراحة حقيقة
على ما هو ظاهر الرواية لان في اشتراط الجرح من الكواسب عملا بالمتيقن به
والكلب المعلم من الكلاب وهو ذو ناب ثم يلحق به كل ما ادب جارحة نابية كانت
او طائرا ومعنى قوله مكلبين مخلبين الاصطياد تعلمونهن تؤدبونهن فيتناول
كل ما علم من الجوارح ودل عليه ما روينا من حديث عدي رضي الله عنه لان
اسم الكلب يقع على كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف رحمه الله انه استثنى
من ذلك الاسد والدب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب
لخساسته كذا ذكر في الهداية والكافي وذكر في النهاية الذئب بدل
الدب وكذا في المحيط ولانهما لا يتعلمان عادة ولان التعليم يعرف بترك الاكل
وتمامه آيتا كلا لان الصيد في الحال فلا يمكن الاسد لا يترك الاكل على التعلم
حتى لو تصور التعلم منهما وعرف ذلك جاز ذكره في النهاية والحق بعضهم
الحداة بهما لخساستها والخنزير مستثنى من ذلك لانه نجس العين فلا يجوز
الانتفاع به **قال** ولا بد من التعليم لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح
مكلبين تعلمونهن ولقوله صلى الله عليه وسلم لثعلبة ما صدت بكلبك المعلم
فذكرت اسم الله عليه فكل وما صدت بكلبك غير المعلم فادركت ذكاته فكل
رواه البخاري ومسلم واحمد وكذا لا بد من ان يكون المرسل اهلا للذكاة
بان يكون مسلما او كتابيا وهو يعقل التسمية ويضبط على نحو ما ذكرنا
من الذبائح **قال** وهو بترك الاكل ثلاثا في الكلب وبالرجوع اذا دعوته
في البازي اي التعليم في الكلب يكون بترك الاكل ثلاث مرات وفي البازي
بالرجوع اذا دعي روي ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدن الكلب
يحتمل الضرب فيمكن ضربه حتى يترك الاكل وبدن البازي لا يحتمل الضرب
فلا يمكن تحقيق هذا الشرط فيه فاكتفى بغيره مما يدل على التعلم ولان
آية التعلم ترك ما هو مألوفه عادة وعادة البازي التوحش والاستنفار
وعادة الكلب الانتهاب والاستلاب لالفه بالناس فاذا ترك كل واحد
منهما ما هو مألوفه دل على تعلمه وانتهاء علمه وهذا الفرق لا يتأتى الا في
الكلب خاصة لانه هو المألوف دون غيره من ذوات الانياب فانها تتصيد
بالوف والفرق الاول يتأتى في الكل لان بدن كل ذي ناب يحتمل الضرب فيمكن
تعليمه بالضرب لان يترك الاكل وانما شرط ترك الاكل ثلاث مرات وهو
قولهما ورواية عن ابي حنيفة لان علمه يعرف بتكرار التجارب والامتحان
وهي مدة ضربت لذلك كما في قصة موسى مع معلمه عليهما السلام وكمدة الخيار

لاختبار حال المبيع وكذا قال عليه السلام اذا استاذن احدكم ثلاثا فلم
يؤذن له فليرجع وقال عمر رضي الله عنه اذا لم يربح احدكم في التجارة ثلاث
مرات فليتحول الى غيرها وهذا لان الكثير هو الذي يقع دلالة على التعلم
دون القليل والجمع كثير ولهذا قال عليه السلام الثلاث ركب فقدره
وعند ابي حنيفة لا يثبت التعلم ما لم يغلب على ظنه انه قد تعلم ولا يقدر
بشيء لان المقادير تعرف بالنص لا بالاجتهاد ولا نص هنا فيفوض الى رأي
المبتلى به كما هو دابه في مثله كحبس الغريم والنجاسة المخففة المانعة من
الصلاة والاعمال المفسدة للصلاة ونحو ذلك ذكر قوله في الاصل
وترك الاكل قد يكون للخوف من الضرب فلا يتم دلالة على التعلم ولان مدة
التعلم تختلف بالحذاقة والبلادة فلا يمكن معرفتها ثم اذا ترك ثلاثا
لا يحل الاول والثانية على قول من قال بالثلاث وهو ظاهر وكذا الثالثة
عندهما لانه لا يصير معلما الا بعد تمام الثلاث وقبله غير معلم فكان الصائد
صيد كلب جاهل فصار كبيع العبد المحجور عليه ما لا يولى بعلم المولى وهو
ساكت فانه يصير ماذونا له في التجارة ولا يلزمه ذلك البيع حتى كان للمولى
ان ينقضه ان شاء وعند ابي حنيفة على الرواية الاولى يحل لان تركه عنده
الثالثة آية تعلمه فصار هذا صيد كلب عالم لانا انما حكمنا بكونه عالما
بعد تركه امساكه على صاحبه قد تعين وتحقق وكيف يحرم وقد اخذ لحمه
بعد ارساله بخلاف ما استشهدا به لان بيع العبد ما للمولى لا يجوز
وان كان ماذونا له في التجارة حتى لو اشترى والمولى يراه ساكتا صار
ماذونا له وجاز شراؤه ولزمه ولم يذكر البازي بكم اجابة يصير معلما
فينبغي ان يكون على الاختلاف الذي ذكر في الكلب ولو قيل يصير معلما
باجابة واحدة كان له وجه لان الخوف ينفره بخلاف الكلب **قال** ومن
التسمية عند الارسال ومن الجرح في اي موضع كان اي لا بد من التسمية
عند الارسال ومن الجرح في اي موضع كان من اعضائه اما التسمية فلما تلونا
وروينا من حديث ثعلبة والمراد به مع التذكر واما اذا نسي التسمية
عند الارسال فلا بأس باكله وقد بيناه في الذبائح واما الجرح فالمذكور هنا
ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يشترط رواه الحسن عنهما
وهو قول الشعبي لقوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم مطلقا من غير قيد
بالجرح من شرطه فقد زاد على النص وهو نسخ على ما عرف في موضعه وكذا
ما روينا من حديث عدي وثعلبة يدل على ذلك لانه مطلق فيجري
على اطلاقه والالزم نسخه بالرأي وهو لا يجوز ووجه الظاهر قوله تعالى

وما علمتم من الجوارح على ما بينا ولان المقصود اخراج الدم المسفوح وهو
يخرج بالجرح عادة ولا يتخلف عنه الا نادرا فاقيم الجرح مقامه كما في
الذكاة الاختيارية والرمي بالسهم ولانه اذا لم يجرحه صار موقوذة وهي
محرمة بالنص وما تلي مطلق وكذا ما روي فحملناه على المقيد لاتحاد
الواقعة وانما لا يحمل المطلق على المقيد فيما اذا اختلفت الحوادث
او كان التقييد والاطلاق من جهة السبب اما اذا كانا من جهة الحكم في حادثة
واحدة فيحمل عليه **قال** فان اكل منه البازي اكل وان اكل الكلب
او الفهد لا وقال مالك والشافعي في القديم يوكل وان اكل منه الكلب
كالبازي لما روي عن عبد الله بن عمرو ان ابا ثعلبة قال يا رسول الله ان لي
كلابا مكلبة فافتني في صيدها فقال ان كانت لك كلاب مكلبة فكل مما
امسكت عليك الحديث الى ان قال هو للنبي عليه السلام وان اكل منه قال
عليه السلام وان اكل منه ولان فعل الكلب انما صار ذكاة لتعلمه وبالاكل
لا يعود جاهلا فصار كالبازي ولنا ما روينا من حديث عدي رضي الله عنه
وقوله تعالى وما اكل السبع الا ما ذكيتم وقوله عليه السلام له اذا ارسلت
كلابك المعلمة وذكرت اسم الله فكل مما امسكن عليك الا ان ياكل الكلب
فلا تاكل فاني اخاف ان يكون انما امسك على نفسه رواه البخاري ومسلم
واحمد وعن ابرهيم عن ابن عباس انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
اذا ارسلت كلبك فاكل من الصيد فلا تاكل فانما امسكه على نفسه واذا
ارسلته فقتل ولم ياكل فكل فانما امسك على صاحبه رواه احمد وما روياه
غريب فلا يعارض الصحيح المشهور ولئن صح فالمحرم اولى على ما عرف في موضعه
والفرق بين البازي والكلب قد بيناه ولو صاد الكلب صيودا ولم ياكل
منها شيئا ثم اكل من صيد بعد ذلك لا يوكل من الذي اكل منه لان الاكل علامة
جهله ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على الاختلاف الذي بيناه في الابتدا
واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها لا يظهر الحرمة فيه لعدم
المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازة بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق
وما هو محرز في البيت يحرم عند ابي حنيفة وعندهما لا يحرم لان الاكل لا يدل على
جهله لان الحرفة قد تنسى وقد يشتد عليه الجوع فياكل مع علمه ولان ما
احرزه قد امضي فيه الحكم بالاجتهاد فلا ينتقض باجتهاد مثله لان المقصود
قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لان المقصود لم يحصل فيه من كل وجه لبقا
الصيدية فيه من وجه لعدم الاحراز فيحرم احتياطا ولابي حنيفة ان اكله
آية جهله من الابتدا لان الحرفة لا ينسى اصلها فبالاكل يتبين ان تركه الاكل

كان

كان بسبب الشبع لا للتعلم وقد تبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لان
المقصود يحصل بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولان علمه
لم يثبت الا ظاهرا فبقي جهله موهوما والموهوم في باب الصيد ملحق بالمحقق
احتياطا ما امكن والامكان في حق القائم جميعا دون الفائت وقال بعض
المشايخ انما يحرم تلك الصيود عند ابي حنيفة اذا كان العهد قريبا اما اذا
تطاول العهد بان اتى عليه شهر او اكثر وصاحبه قد قدد تلك الصيود لا يحرم
تلك الصيود في قولهم جميعا لان في المدة الطويلة يتحقق النسيان فلا يعلم
انه لم يكن معلما في الماضي من الزمان وفي المدة القصيرة لا يتحقق النسيان
فيظهر انه لم يكن معلما حين اصطاد تلك الصيود فيحرم تلك الصيود وقال
شمس الائمة السرخسي الصحيح ان الخلاف في الفصلين ولو ان صقرا فر من صاحبه
فمكث حينا ثم رجع الى صاحبه فارسله فصاد لا يوكل صيده لانه ترك ما صار
به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا اكل من الصيد فيكون حكمه كحكم الكلب فيما
ذكرنا ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم ياكل من لحمه شيئا اكل لانه ممسك عليه
وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له
ولو اخذ الصائد الصيد من الكلب وقطع له منه قطعة والقاها اليه فاكلها
يوكل ما بقي لانه امسك على صاحبه وسلمه اليه واكله بعد ذلك لما القى اليه
صاحبه لا يضره لانه لم ياكل من الصيد وهو عادة الصيادين فصار كما اذا القى
اليه طعاما اخر وكذا اذا اختطف الكلب منه واكله لانه لم ياكل من الصيد اذ لم
يبق صيدا في هذه الحالة والشرط ترك الاكل من الصيد وقد وجد فصار كما
اذا افترس شاة بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لبقاء جهة الصيدية
فيه ولو نهش الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم ياكل
منه لا يوكل لانه صيد كلب جاهل حيث اكل من الصيد ولو القى ما نهشه واتبع
الصيد فقتله ولم ياكل منه حتى اخذه صاحبه ثم ذهب الى تلك البضعة
فاكلها يوكل الصيد لانه لو اكل من نفس الصيد في هذه الحالة لا يضره فاذا اكل
ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف الوجه الاول لانه اكل في حالة
الاصطياد فتبين انه جاهل ممسك على نفسه ولان نهش البضعة قد تكون
لياكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعفه بالقطع منه فيتمكن منه فان
اكلها قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني **قال**
وان ادركه حيا ذكاه لقوله عليه السلام لعدي اذا ارسلت كلبك فاذكر اسم
الله عليه وان امسك عليك فادركته حيا فاذبحه الحديث رواه البخاري
ومسلم واحمد ولانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود

من الحل ولم يثبت قبل موته فبطل حكم البدل والبازي والسهم كالكلب لأن
المعنى يشمل الكل **قال** وإن لم يذكه أو خنقه الكلب ولم يجرحه أو شاركه
كلب غير معلم أو كلب مجوسي أو كلب لم يذكر اسم الله عليه عمدا حرم أما إذا لم
يذكه فلأنه لما أدركه حيا صار ذكاة الاختيار لما روينا وبينا أن المعنى
فبتركه يصير ميتة وهذا إذا تمكن من ذبحه أما إذا وقع في يده ولم يتمكن من
ذبحه وفيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح بأن بقر بطنه ونحو ذلك ولم يبق
إلا مضطربا اضطراب المذبوح فحلال لأن هذا القدر من الحياة لا يعتبر
وكان ميتا حكما ألا ترى أنه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لا يحرم كما إذا وقع
بعد موته لأن موته ثابت يقينا فإنه والميت ليس بمحل للذكاة وذكر الشهيد أن
هذا بالإجماع وقيل هذا قولهما وعند أبي حنيفة لا يحل إلا إذا ذكاه بناء
على أن الحياة الخفية معتبرة عنده وعندهما غير معتبرة حتى قلنا المتردية
والنطيحة والموقوذة ونحوها بالذكاة إذا كان فيها حياة وإن كانت
خفية عنده وعندهما لا يحل إلا إذا كانت حياتها بينة وذلك بأن يبقى
فوق ما يبقى المذبوح عند محمد وعند أبي يوسف أن يكون بحال يعيش مثلها
ليكون موتها مضافا إلى الذكاة والسهم مثله وإن كان فيه من الحياة فوق
ما يكون في المذبوح فكذلك في رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول
الشافعي لأنه لم يقدر على الأصل فصار كالمتيمم إذا رأى الماء ولم يقدر على
استعماله ولا يؤكل في ظاهر الرواية لأنه قادر حكما لثبوت يده عليه وهو
قائم مقام التمكن من الذبح إذ لا يمكن اعتبار الذبح نفسه حقيقة لأن
الناس يختلفون فيه على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في أمر الذبح
فلا يمكن ضبطه فأدير الحكم على ثبوت اليد لأنه هو الشاهد الظاهر فلا يحل
أكله إلا بالذكاة سواء كانت حياته خفية أو بينة بجرح المعلم أو غيره من السباع
وعليه الفتوى لقوله تعالى وما أكل السبع إلا ما ذكيتم استثناه مطلقا
من غير تفصيل فيتناول كل حي مطلقا وكذا قوله عليه السلام لعدي فإن
أمسك عليك فأدركته حيا فاذبحه مطلق فيتناول كل حي مطلقا والحديث
صحيح رواه البخاري ومسلم وأحمد وفصل الشافعي تفصيلا آخر غير ما ذكرنا
فقال إن لم يتمكن من الذبح لفقد الآلة لم يؤكل لأن التقصير من جهته وإن
كان لضيق الوقت أكل لعدم التقصير والحجة عليه ما تلونا وما روينا وأما
إذا خنقه الكلب ولم يجرحه فلما بينا عند قوله لا بد من التعليم والتسمية
والجرح وذكرنا اختلاف الرواية فيه والكسر كالخنق حتى لا يعتد به لأنه
لا يفضي إلى خروج الدم وأما إذا شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسي أو كلب لم

يذكر اسم الله عليه فإن وجدت مع كلبك كلبا غيره وقد قتل فلا تأكل فإنك
لا تدري أيهما قتله رواه البخاري ومسلم وأحمد رحمهم الله وهذا صحيح فيكون
حجة على مالك والشافعي في قوله القديم أنه لا يحرم بأكل الكلب الصيد وعلى
الشافعي في متروك التسمية عمدا أيضا ولأنه اجتمع فيه المبيح والمحرم فيغلب
فيه جهة الحرمة لقوله عليه السلام ما اجتمع الحلال والحرام إلا وقد غلب
الحرام الحلال ولأن الحرام واجب الترك والحلال جائز الترك فكان الاحتياط
في الترك ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات بجرح الأول
يكره أكله لوجود المعاونة في الأخذ وفقدها في الجرح ثم قيل الكراهة كراهة
تنزيه لأن الأول لما تفرد بالجرح والأخذ غلب جانب الحل فصار حلالا لا
وأوجب إعانة غير المعلم الكراهة دون الحرمة وقيل كراهة تحريم وهو
اختيار الحلواني لوجود المشاركة من وجه بخلاف ما إذا رده عليه المجوسي
بنفسه حيث لا يحرم ولا يكره لأن فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا
يتحقق المشاركة أصلا وفعل الكلب من جنس فعل الكلب فتتحقق المشاركة
من وجه ولو لم يرده الكلب الثاني عليه لكن اشتد على الأول فاشتد الأول
على الصيد بسببه فأخذه فقتله فلا بأس بأكله لأن فعل الثاني أثر في
الكلب الأول حتى ازداد طلبا ولم يؤثر في الصيد فكان تبعا لفعله
لأنه بناء عليه فلا يضاف الحكم إلى التبع بخلاف ما إذا رده عليه لأنه لم
يصر تبعا فيضاف إليهما ولو رده عليه سبع أو ذو مخلب من الطير مما يجوز أن
يعلم فيصاد به فهو كما لو رده عليه الكلب فيما ذكرنا لوجود المجانسة في الفعل
بخلاف ما إذا رده عليه ما لا يجوز الاصطياد به كالجمل والبقر والبازي في
ذلك كالكلب في جميع ما ذكرنا من الأحكام **قال** وإذا أرسل مسلم كلبه فزجره
مجوسي فانزجر أكل ولو أرسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل والمراد بالزجر
التهييج أي هيجه وهاج بأن صاح عليه فازداد في العدو وإنما يحل في الأول
ويحرم في الثاني لأن الزجر دون الإرسال لكونه بناء عليه فلا ينسخ به الإرسال
لأن الشيء لا يرتفع إلا بمثله أو بما هو فوقه ولا يرتفع بما هو دونه كنسخ الآي
فلا يرتفع إرسال المسلم بزجر المجوسي في الوجه الأول ولا إرسال المجوسي
بزجر المسلم في الوجه الثاني فبقي كل واحد منهما على ما كان عليه ولا يتغير
بالزجر وكل من لا يجوز ذكاته كالمحرم والمرتد والوثني وتارك التسمية عامدا
في هذا بمنزلة المجوسي غير أن المحرم يجب عليه الجزاء بالزجر لما فيه من التعرض
للصيد ألا ترى أنه يجب عليه الجزاء بالدلالة وهو دونه فبالزجر أولى وهو
فوقها فلا يلزم من اعتبار الدلالة في حق لزوم الجزاء اعتباره في حق انتساخ

الفعل قال وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر حل وهذا استحسان
والقياس ان لا يحل لان الارسال جعل ذكاة عند الاضطرار للضرورة فاذا لم
يوجد الارسال انعدم الذكاة حقيقة وحكما فلا يحل والزجر بناء عليه
فلا يعتبر على ما بينا ووجه الاستحسان ان الزجر عند عدم الارسال يجعل
ارسالا لانه اذا انزجر عقيب زجره دليل طاعته فيجب اعتباره فيحل اذ ليس
في اعتباره ابطال السبب بخلاف الفصل الاول ولا يقال الزجر دون الانفلات
لكونه بناء عليه فلا يرتفع الانفلات فصار مثل الفصل الاول وهنا الحاجة
اذ الزجر فيهما بناء على الاول لانا نقول الزجر ان كان دون الانفلات
من هذا الوجه فهو فوقه من وجه آخر من حيث انه فعل المكلف فاستويا فنسخ
الانفلات لان احد المثلين يصلح ناسخا للآخر كما في النسخ الاحكام بخلاف
الفصل الاول لان الزجر لا يساوي الارسال بوجه من الوجوه لان كل واحد
منهما فعل المكلف والزجر بناء على الارسال فكان دونه من كل وجه فلا
يرتفع به والبازي كالكلب فيما ذكرنا ولو ارسل كلبه المعلم على صيد
معين فاخذ غيره وهو على سننه حل وقال مالك لا يحل لانه اخذه بغير
ارسال اذ الارسال مختص بالمشار اليه والتسمية وقعت عليه فلا
تتحول الى غيره فصار كما اذا اضجع شاة وسمى عليها وخلاها فذبح غيرها
بتلك التسمية وقال ابن ابي ليلى يتعين الصيد بالتعيين مثل قول
مالك حتى لا يحل غيره بذلك الارسال ولو ارسل من غير تعيين يحل ايضا
خلافا لمالك وهذا بناء على ان التعيين شرط عند مالك وعنده ليس بشرط
ولكن اذا عين يتعين وعندنا التعيين ليس بشرط ولا يتعين بالتعيين
لان الشرط ما يقدر عليه المكلف ولا يكلف ما لا يقدر عليه والذي في وسعه
ايجاد الارسال دون التعيين لانه لا يمكنه ان يعلم البازي والكلب على
وجه لا يأخذ الا ما يعينه له ولان التعيين غير مفيد في حقه ولان الكلب
فان الصيود كلها فيما يرجع الى مقصوده سواء وكذا في حق الكلب لان
مقصوده الاخذ كل صيد يتمكن من اخذه بخلاف ما استشهد به مالك لان
التعيين في الشاة ممكن وكذا غرضه متعلق بمعين فيتعلق التسمية
هناك بالمضجع للذبح وفيما نحن فيه بالآلة ولو ارسله على صيود بتسمية واحدة
حالة الارسال فقتل الكل حل الجميع لان الذبح يقع بالارسال ولهذا
يشترط التسمية عنده والفعل وهو الارسال واحد فيكتفى بتسمية واحدة
فصار كما اذا اضجع شاتين احداهما فوق الاخرى فذبحهما دفعة واحدة
بتسمية واحدة بخلاف ما اذا كان على التعاقب لان الفعل يتعدد فلابد

من تعدد التسمية ومن ارسل فهدا فكمن حتى يستمكن منه ثم اخذ الصيد
فقتله يؤكل لان ذلك عادة له يحتال لاخذه لا استراحة فلا ينقطع به
فور الارسال وكيف ينقطع وقصد صاحبه يتحقق بذلك وعدد ذلك منه
من الخصال الحميدة قال الحلواني للفهد خصال حميدة فينبغي لكل عاقل
ان يأخذ ذلك منه منها ان يكمن للصيد حتى يستمكن منه وهكذا ينبغي
للعاقل ان لا يجاهر عدوه بالخلاف ولكن يطلب الفرصة حتى يستمكن منه
فيحصل مقصوده من غير اتعاب نفسه ومنه انه لا يعدو خلف صاحبه حتى
يركبه خلفه وهو يقول هو المحتاج الي فلا اذل وهكذا ينبغي للعاقل ان لا
يذل نفسه فيما يفعل لغيره ومنها انه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب
بين يديه اذا اكل من الصيد فيتعلم بذلك وهكذا ينبغي للعاقل ان يتعظ
بغيره كما قيل السعيد من اتعظ بغيره ومنها انه لا يتناول الخبيث من اللحم
وانما يطلب من صاحبه اللحم الطيب وهكذا ينبغي للعاقل ان لا يتناول الا
الطيب ومنها انه يثب ثلاثا او خمسا فان لم يتمكن من اخذه تركه ويقول
لا اقتل نفسي فيما اعمل لغيري وهكذا ينبغي لكل عاقل وكذا الكلب اذا
اعتاد الاختفاء لا ينقطع فور الارسال لما بينا في الفهد ولو ارسل كلبه
فاخذ صيدا فقتله ثم اخذ آخر فقتله اكلا جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع
وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فاصابه وغيره ولو جثم على الاول طويلا
ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني لانقطاع الارسال بمكثه طويلا
اذا لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما هو استراحة بخلاف ما تقدم ولو ارسل
بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله يؤكل
اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة للتمكين ولو ان بازيا
معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدري ارسله انسان او لا لا يؤكل لوقوع
الشك في الارسال ولا يثبت الاباحة بدونه ولئن كان مرسلا فهو مال
الغير فلا يجوز تناوله الا باذن صاحبه ولو ارسل كلبه على صيد فاخذ
الكلب الصيد فجرحه ثم جرحه اخرى فقتله اكل وكذا لو ارسل كلبين
فجرحه احدهما ثم قتله الاخر اكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل
تحت التعليم فجعل عفوا ما لم يكن ارسال احدهما بعد ما اثخنه الاول
ولو ارسل رجلان كل واحد منهما كلبا فجرحه احدهما وقتله الاخر اكل
اذا كان ارسال الثاني قبل ان يثخنه الاول لما بينا والملك لصاحب الاول
ان كان اثخنه قبل ان يجرحه الثاني لانه اخرجه عن حد الصيد به فملكه
به ولا يحرم بجرح الثاني بعد ما اثخنه الاول لان ارسال الثاني حصل

الى الصيد لكونه قبل ان يجرحه لان المعتبر في الحل والحرمة حالة الارسال
لقدرته على الامتناع ولا يعتبر بعده لعدم قدرته عليه **قال** وان رمى
وسمى وجرح اكل اي رمى الى الصيد فاصابه يوكل اذا جرح لقوله عليه السلام
لعدي بن حاتم اذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه فان وجدته قد قتل
فكل الا ان تجده قد وقع في ما فانك لا تدري الما قتله ام سهمك رواه
البخاري ومسلم واحمد وشرط الجرح لما روي عن ابرهيم عن عدي بن حاتم قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا رميت فسميت فخزقت فكل وان لم
تخزق فلا تاكل ولا تاكل من المعراض الا ما ذكيت ولا تاكل من البندقة
الا ما ذكيت رواه احمد ولا فرق في ذلك بين ان تصيب المرمي بنفسه او
غيره من الصيد كما في ارسال الكلب على ما بينا وفي الطلاق قوله في المختصر
فان رمى وسمى وجرح اشارة الى انه لم يتعين الرمي ولا المصاب حتى
يدخل تحته ما اذا سمع حسا فظنه صيدا فرماه فاصاب صيدا ثم تبين
انه حس صيد يحل اكله سوا كان الصيد المسموع حسه ماكولا او غير
ماكول بعد ان كان المصاب ماكولا لانه وقع اصطيادا لا مع قصده
ذلك وعن ابي يوسف انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ حرمته الا ترى انه
لا تثبت الاباحة في شيء من ذلك منه بخلاف السباع لانه يوثر في جلدها وفي
حضورها ما لا يوكل لحمه لان الاصطياد لا يفيد الاباحة فيه ووجه الظاهر
ان اسم الاصطياد لا يختص بالماكول فيكون داخلا تحت قوله تعالى واذا
حللتم فاصطادوا وكان اصطياده مباحا واباحة التناول يرجع الى
المحل فيثبت بقدر ما يقبله لحما او جلدا وقد لا يثبت بالكلية اذا لم يقبلها
المحل وان وقع اصطياده اصابة كانه رمى الى صيد فاصاب غيره وان تبين
انه حس جراد او سمك ذكر في النهاية معزيا الى المغني ان المصاب لا يوكل
لان الذكاة لا يقع عليهما فلا يكون الفعل ذكاة واورده على قول صاحب
الهداية ثم تبين انه حس صيد حل المصاب فقال كان من حقه ان يقال
ثم تبين انه حس صيد يحتاج في حل اكله الى الذبح او الى الجرح وقال صاحب
الهداية في اخر هذه المسئلة ولو رمى الى سمكة او جرادة فاصاب صيدا
يحل في رواية عن ابي يوسف لانه صيد وفي رواية اخرى عنه لا يحل لانه
لا ذكاة فيهما فكان يمكنه ان يخرج ما ذكره صاحب الهداية على رواية الحل
فلا يرد عليه ما اورده ولا يحتاج الى زيادة ذلك القيد الذي ذكره
وفي فتاوى قاضي خان لو رمى الى جراد او سمكة وترك التسمية ناسيا
فاصاب طايرا او صيدا اخر فقتله حل اكله وعن ابي يوسف روايتان

والصحيح انه يوكل وهذا اوضح من الكل فلا يرد عليه اصلا وان تبين
ان المسموع حسه ادمي او حيوان اهلي او ظبي مستانس او موثوق لا يحل المصاب
لان الفعل ليس باصطياد فلا يقوم مقام الذكاة ولو رمى الى طاير
فاصاب غيره من الصيود وفر الطاير ولا يدري اهو وحشي ام لا حل المصاب
لان الظاهر فيه التوحش بخلاف ما لو رمى الى بعير فاصاب صيدا ولا
يدري اهو ناد ام لا حيث لا يحل المصاب لان الاصل فيه الاستيناس فيحكم في
كل واحد منهما بظاهر حاله ولو اصاب المسموع حسه وقد ظنه ادميا
فتبين انه صيد حل لانه لا معتبر بظنه مع تعينه صيدا ذكره في الهداية
وقال في المنتقى اذا سمع حسا بالليل فظن انه انسان او دابة او حية
فرماه فاذا ذلك الذي سمع حسه صيد فاصاب سهمه ذلك الصيد الذي
سمع حسه او اصاب صيدا اخر فقتله لا يوكل لانه رماه وهو لا يريد الصيد
ثم قال ولا يحل الصيد الا بوجهين ان يرميه وهو يريد الصيد وان يكون
الذي اراده وسمع حسه ورمى اليه صيدا سوا كان مما يوكل او لا وهذا
ينا قض ما ذكره في الهداية وهذا اوجه لان الرمي الى الادمي ونحوه ليس
باصطياد فلا يمكن اعتباره ولو اصاب صيدا وما ذكره صاحب الهداية
ينا قض ما ذكره هو بنفسه ايضا من قوله وان تبين انه حس ادمي لا يحل المصاب
وقد اقتضى ما ذكره هنا ان يحل لان المصاب صيد كما في هذه المسئلة
بل اولى لان مقصوده ايضا فيها صيد وفرق بينهما في النهاية بفرق غير
مخلص فلا حاجة الى ذكره وقال فيه لو رمى الى ادمي او بقر او نحوه وسمى
فاصاب صيدا ماكولا لا رواية لهذا في الاصل ولابي يوسف فيه قولان
في قول يحل وفي قول لا يحل فيحمل ما ذكره صاحب الهداية على رواية الحل
فيستقيم ولا حاجة الى الفرق ولو لم يتبين انه صاحب الحس لا يحل
تناول ما اصابه لاحتمال ان يكون المسموع حسه غير صيد فلا يحل
المصاب بالشك والبازي والفهد في جميع ما ذكرنا كالكلب **قال**
وان ادركه حيا ذكاه وان لم يذكه حرم لما روينا وبينا المعنى في
الكلب لان كل واحد منهما ذكاة اضطرار فيكون الوارد في احدهما واردا
في الاخر دلالة لاستوائهما من كل وجه **قال** وان وقع سهم بصيد
فتحامل وغاب وبحث في طلبه حل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لا
لقوله عليه السلام لابي ثعلبة اذا رميت سهمك فغاب ثلاثة ايام
وادركته فكله ما لم ينتن رواه مسلم واحمد وابو داود والنسائي وروي
انه عليه السلام كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام

الأرض فقتله فيحمل هذا على ما إذا قعد عن طلبه والأول على ما إذا لم يقعد
ولأنه يحتمل أن يموت بسبب آخر فيعتبر فيما يمكن التحرز عنه لأن الموهوم
في الحرمات كالمتحقق وسقط اعتباره فيما لا يمكن التحرز عنه للضرورة
لأن اعتباره فيه يؤدي إلى سد باب الاصطياد وهذا لأن الاصطياد
يكون في الصحراء بين الأشجار عادة ولا يمكنه أن يقتله في موضعه من غير
انتقال وتوار عن عينه غالبا فيعذر ما لم يتقعد عن طلبه للضرورة لعدم
إمكان التحرز عنه ولا يعذر فيما إذا قعد عن طلبه لأن الاحتراز عن مثله
ممكن فلا ضرورة إليه فيحرم وهو القياس في الكل إلا أنا تركناه للضرورة
فيما لا يمكن التحرز عنه وبقي على الأصل فيما يمكن وجعل قاضيخان في فتاواه
من شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال لأنه إذا غاب عن بصره ربما
يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما كل ما
أصميت ودع ما أنميت والإصماء ما رأيته والإنماء ما توارى عنك وهذا
نص على أن الصيد يحرم بالتواري وإن لم يقعد عن طلبه وإليه أشار صاحب
الهداية أيضا بقوله والذي رويناه حجة على مالك رحمه الله في قوله إن
ما توارى عنه إذا لم يبت ليلة يحل فإذا بات ليلة لا يحل وهذا يشير
إلى أنه إذا توارى عنه لا يحل عندنا وإن لم يقعد عن طلبه فيكون نقضا
لقوله في أول المسألة وإذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه
ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتا أكل وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا
لم يؤكل فبنى الأمر على الطلب وعدمه لا على التواري وعدمه وعلى هذا
أكثر كتب فقه أصحابنا رحمهم الله ولو حمل ما ذكره على ما إذا قعد عن طلبه
كان مستقيما ولم يبق تناقض لكنه خلاف الظاهر وما روينا من الحديث يبيح
ما غاب عنه وبات ليالي فيكون حجة على من منع ذلك وإن وجد به جراحة
سوى جراحة سهمه لا يحل لقوله عليه السلام لعدي إذا رميت سهمك فاذكر
اسم الله عليه فإن غاب عنك يوما فلم تجد فيه إلا أثر سهمك فكل إن شئت وإن
وجدته غريقا في الماء فلا تأكل رواه مسلم والنسائي وفي رواية أنه عليه
السلام قال له إذا وجدت سهمك ولم تجد فيه أثر غيره وعلمت أن سهمك
قتله فكله رواه أحمد والنسائي وفي رواية أن عديا رضي الله عنه قال
قلت يا رسول الله أرمي الصيد فأجد فيه سهمي من الغد قال إذا علمت
أن سهمك قتله ولم تر فيه أثر سبع فكل رواه الترمذي وصححه ولأنه
محتمل تحققت فيه الأمارة فيحرم بخلاف ما إذا كان بلا أمارة على ما مر
وحكم إرسال الكلب والبازي في جميع ما ذكرنا من الأحكام كالرمي قال

ولو رمى

ولو رمى صيدا فوقع في ماء أو على سطح أو جبل ثم تردى منه إلى الأرض حرم
لقوله تعالى والمتردية ولما روينا ولقوله عليه السلام لعدي إذا
رميت سهمك فاذكر اسم الله فإن وجدته قد قتل فكل إلا أن تجده قد وقع
في ماء فإنك لا تدري الماء قتله أو سهمك رواه البخاري ومسلم وأحمد ولقوله
عليه السلام لعدي إذا رميت سهمك فكل وإن وقع في الماء فلا تأكل رواه
البخاري وأحمد ولأنه احتمل موته بغيره إذ هذه الأشياء مهلكة ويمكن الاحتراز
عنها فيحرم بخلاف ما إذا كان لا يمكن التحرز عنه فهذا هو الحرف في المحتمل
في هذا الباب وهذا فيما إذا كان فيه حياة مستقرة يحرم بالاتفاق لأن
موته مضاف إلى غير الرمي وإن كانت حياته دون ذلك فهو على الاختلاف
الذي مر ذكره في إرسال الكلب قال وإن وقع على الأرض ابتداء حل
لأنه لا يمكن التحرز عنه فسقط اعتباره كيلا ينسد بابه على ما بينا بخلاف
ما إذا أمكن التحرز عنه لأن اعتباره لا يؤدي إلى سد بابه لأن اعتباره
لا يؤدي إلى الحرج فأمكن ترجيح المحرم عند التعارض على ما هو الأصل
في الشرع ولو وقع على جبل أو سطح أو آجرة موضوعة فاستقر ولم يتردد حل
لأن وقوعه على هذه الأشياء كوقوعه على الأرض ابتداء ولأنه لا يمكن الاحتراز
عنه فسقط اعتباره بخلاف ما إذا وقع على شجر أو حائط أو آجرة ثم وقع على
الأرض أو رماه وهو على جبل فتردى منه إلى الأرض أو رماه فوقع على رمح
منصوب أو قصبة قائمة أو على حرف آجرة حيث يحرم لاحتمال أن حد هذه
الأشياء قتله بحده أو بترديه وهو يمكن الاحتراز عنه وقال في المنتقى
لو رمى صيدا فوقع على صخرة فانفلق رأسه أو انشق بطنه لم يؤكل لاحتمال
موته بسبب آخر قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله وهذا خلاف إطلاق الجواب
المذكور في الأصل ولكن يجوز أن يكون إطلاق الجواب في الأصل فيما عدا
هذا التفسير لأن حصول الموت بانفلاق الرأس وانشقاق البطن ظاهر
وبالرمي موهوم متردد فالظاهر أولى بالاعتبار من الموهوم فيحرم بخلاف
ما إذا لم ينشق ولم ينفلق لأن موته بالرمي هو الظاهر فلا يحرم فيحمل إطلاق
الجواب في الأصل عليه وحمل السرخسي ما ذكر في المنتقى على ما إذا أصابه
حد الصخرة فانشق لذلك وحمل المذكور في الأصل على أنه إذا لم يصبه من
الصخرة إلا ما يصيبه من الأرض لو وقع عليه فيحل لذلك وكلا التأويلين
صحيح ومعناهما واحد لأن كلا منهما يحمل ما ذكره في الأصل على ما إذا مات
بالرمي وما ذكره في المنتقى على ما إذا مات بغيره وفي لفظ المنتقى إشارة
إليه ألا ترى أنه قال لاحتمال الموت بسبب آخر أي غير الرمي وهذا أرجح

الى اختلاف اللفظ دون المعنى فلا يبالى به وان كان الطير المرمي مائيا
فان لم تنغمس الجراحة في الماء اكل وان انغمست لا يوكل لاحتمال الموت به دون
الرمي لان تشرب الجرح الماء سبب لزيادة الالم لرقته وكما اذا اصابه السهم
قال وما قتله المعراض بعرضه او البندقة حرم لما روينا من حديث
ابراهيم ولما روي ان عدي بن حاتم قال للنبي صلى الله عليه وسلم اني ارمي
الصيد بالمعراض فاصيب فقال اذا رميت بالمعراض فخزق فكله وان اصابه
بعرضه فلا تاكله رواه البخاري ومسلم واحمد ولما روي انه عليه السلام نهى
عن الخذف وقال انها لا تصيد ولكنها تكسر السن وتفقا العين رواه
البخاري ومسلم واحمد ولان الجرح لا بد منه لما بينا من قبل والبندقة لا تجرح
وكذا عرض المعراض وان رماه بالسكين او السيف فان اصابه بحده اكل والا
فلا وان رماه بحجر فان كان ثقيلا لا يوكل وان جرح لاحتمال انه قتله بثقله
وان كان الحجر خفيفا وبه حدة فجرح يحل لتعين الموت بالجرح ولو جعل الحجر طولا
كالسهم وهو خفيف وبه حدة فجرح يحل لتعين الموت بالجرح ولو جعل الحجر طويلا
كالسهم وهو خفيف وبه حدة فرمى به صيدا فان جرح حل لقتله بجرحه ولو
رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا اذا رماه
بها فابان راسه او قطع اوداجه لان العروق قد تنقطع بالثقل فوقع الشك
ويحتمل انه مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعود مثل العصا ونحوه لا يحل لانه
قتله ثقلا لا جرحا الا اذا كان له حد يبضع بضعا فيكون كالسيف والرمح
والاصل في جنس هذه المسائل ان الموت اذا حصل بالجرح بيقين حل وان حصل
بالثقل او شك فيه فلا يحل حتما او احتياطا وان جرحه فمات وكان الجرح مدميا
حل بالاتفاق وان كان غير مدم اختلفوا فيه فقيل لا يحل لانعدام معنى الذكاة
وهو اخراج الدم النجس وشرط النبي صلى الله عليه وسلم اخراج الدم بقوله
انهر الدم بما شئت رواه احمد وابو داود وغيرهما وقيل يحل لاتيانه بما في
وسعه وهو الجرح واخراج الدم ليس في وسعه فلا يكون مكلفا به لان الدم
قد يحتبس لغلظه او لضيق المنفذ من العروق وكل ذلك ليس في وسعه وقيل
ان كانت الجراحة كبيرة حل بدون الادماء وان كانت صغيرة لا يحل الا بالادماء
لان الكبيرة انما لا يخرج منها الدم لعدمه والصغيرة لضيق المخرج ظاهرا فيكون
التقصير منه وان ذبح الشاة ولم يخرج منها الدم قيل تحل اكلها وقيل لا تحل
فالاول قول ابي بكر الاسكاف والثاني قول اسمعيل الصفار ووجه القولين
دخل فيما ذكرنا واذا اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه فان ادماه حل والا
فلا وهذا يوئيد قول من يشترط خروج الدم **قال** وان رمى صيدا فقطع

عضوا

عضوا منه اكل الصيد لا العضو وقال الشافعي يوكلان اذا مات الصيد منه لانه
مبان بذكاة الاضطرار فيحل كالمبان بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت
لانه ما ابين بالذكاة ولنا قوله عليه السلام ما قطع من بهيمة وهي حية فما قطع
منها فهو ميتة رواه ابن ماجه ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما
والعضو المبان منه بهذه الصفة لان المبان منه حي حقيقة لقيام الحياة فيه
وكذا حكما لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبر هذا القدر من
الحياة حتى لو وقع في الماء وفيه قدر هذا من الحياة يحرم بخلاف ما اذا ابين
بذكاة الاختيار لان المبان منه ميت حكما الا ترى انه لو وقع في هذه الحالة
في الماء او تردى من الجبل لا يحرم لان موته قد حصل بالابانة حكما فلا يضاف الى
غيره وان كان لا يحصل بذلك حقيقة وقوله ابين بالذكاة قلنا حال وقوعه
لم يقع ذكاة لقيام الحياة في الباقي حقيقة وحكما على ما بينا وانما يقع ذكاة
عند موته وفي ذلك الوقت لا يظهر في المبان لعدم الحياة فيه ولا تبعية لزواله
بالانفصال فصار الاصل فيه ان المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان
من الحي صورة لا حكما يحل وذلك تبقى في المبان منه حياة بقدر ما يكون في المذبوح
فانه حي صورة لا حكما بدليل ما ذكرنا من الاحكام حتى انه لو ورث فيه وقوعه في
البير في هذه الحالة وكذا يحل الكل في هذه الحالة وان كان يكره لما فيها
من زيادة الايلام بقطع لحمه ولا كذلك المبان منه بلا اصطياد لانه حي حقيقة
وحكما حتى لا يثبت له شيء من هذه الاحكام **قال** وان قطعه اثلاثا
والاكثر مما يلي العجز اكل كله لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم
سلامته وبقاؤه حيا بعد هذه الجراحة فوقع ذكاة في الحال فحل اكله
كما اذا ابين راسه في الذكاة الاختيارية وكذا اذا قده نصفين لما ذكرنا
بخلاف ما اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ثلثه مما يلي القوائم او اقل
من نصف الراس حيث يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحياة
في الباقي وان ضرب عنق شاة فابان راسها يحل لقطع الاوداج ويكره
لما فيه من زيادة الالم بابلاغه النخاع وان ضربها من قبل القفا ان
ماتت قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم تمت حتى قطع الاوداج حلت ولو
ضرب صيدا فقطع يده او رجله ولم ينفصل ثم مات ان كان يتوهم التيامه
واندماله حل اكله لانه بمنزلة سائر اجزائه وان كان لا يتوهم بان بقي معلقا
بجلده حل ما سواه دونه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني **قال**
وحرم صيد المجوسي والوثني والمرتد لانهم ليسوا من اهل الذكاة في حالة
الاختيار فكذا في حالة الاضطرار وكذا المحرم لانه ليس من اهل ذكاة

لا اختيار في حق الصيد فكذا لا يكون من اهل ذكاة الاضطرار فيه وهو كل صيد
ادركا في لانه من اهل الذكاة الاختيارية فكذا الاضطرارية قال وان رمى صيدا
فلم يثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للثاني ويحل لانه هو الاخذ له وقال عليه
السلام الصيد لمن اخذه وانما حل لانه لما لم يجرح بالاول من حيز الامتناع كان
ذكاته ذكاة الاضطرار وهو الجرح اي موضع كان وقد وجد قال وان
اثخنه فللاول وحرم لانه لما اثخنه الاول فقد خرج من حيز الامتناع وصار
قادرا على ذكاته الاختيارية فوجب عليه ذكاته لما دونها ولم يذكه وصار
الثاني قاتلا له فيحرم وهو لو ترك ذكاته مع القدرة عليه يحرم فبالقتل
اولى ان يحرم بخلاف ما لو وجه الاول وهذا اذا كان بحال يسلم من الاول لان
موته مضاف الى الثاني اما اذا كان الرمي الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان
لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى في المذبوح كما اذا ابان رأسه يحل لان
موته لا يضاف الى الرمي الثاني فلا اعتبار لوجوده لكونه ميتا حكما ولهذا
لو وقع في الماء في هذه الحالة لا يحرم لوقوعه بعد موته ولو كان الرمي الاول
بحال لا يعيش منه الصيد لكن حياته فوق حياة المذبوح بان كان يبقى يوما او دونه
فعند ابي يوسف لا يحرم بالرمية الثانية لان هذا القدر من الحياة لا عبرة به
عنده وعند محمد يحرم لان هذا القدر من الحياة معتبر عنده فصار حكمه كحكم
ما اذا كان الاول يسلم منه فلا يحل قال وضمن الثاني للاول قيمته
غير ما نقصته جراحته اي ضمن جميع قيمة الصيد غير ما نقصته جراحة
الاول لانه اتلف صيدا مملوكا للغير لانه ملكه بالاثخان فيلزمه قيمة
ما اتلف وقيمته وقت اتلافه كان ناقصا بجراحة الاول فيلزمه ذلك
لان قيمة المتلف تعتبر وقت الاتلاف فصار كما اذا اتلف عبدا مريضا
او شاة مجروحة فانه يلزمه قيمته منقوصا بالمرض او الجرح وقال صاحب
الهداية وغيره تاويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول
بحال يسلم منه والثاني بحال لا يسلم منه ليكون القتل كله مضافا الى
الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كاملا كما
اذا قتل عبدا مريضا وان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدري
قال صاحب الهداية وفي الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته
ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه اما الاول
فهو ضمان ما نقصته جراحته فلانه جرح حيوانا كله مملوكا للغير وقد
نقصه فيضمنه اولا واما الثاني وهو ضمان نصف قيمته حيا فلان
الموت حصل بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصفة نقل الجراحة الاولى ما

كانت

كانت بصنع الثاني فلا يضمنها والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا اي
الجراحة الثانية والمراد به ما نقص بجراحته ضمنها مرة وهو ما ضمنه من
النقصان بجراحته اولا واما الثالث وهو ضمان نصف اللحم فلان بالرمية الاولى
صار بحال يحل بذكاة الاختيار ولو لا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني افسد
عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الاخر لانه ضمنه مرة حيث ضمن نصف
قيمته حيا فدخل ضمان اللحم فيه وهذا يوهم ان بين المسئلتين فرقا اعني
بين ما اذا حصل القتل بالثاني وحده او بهما وليس كذلك بل لا فرق بينهما
لانه في الموضعين يضمن الثاني جميع قيمته غير ما نقصته جراحة الاول
الا انه بين في المسئلة الاولى جميع الحاصل وفي الثانية بين طريق الضمان
نقل ذلك عن قاضي خان اي عدم الفرق بين المسئلتين بيانه ان الرامي
الاول اذا رمى صيدا يساوي عشرة فنقصه درهمين ثم رماه الثاني
فنقصه درهمين ثم مات فعلى الطريقة الاولى يضمن الثاني ثمانية
ويسقط عنه من قيمته درهمان لان ذلك تلف بجرح الاول وهو المراد بقوله
غير ما نقصته جراحته وعلى الطريقة الثانية يضمن درهمين اولا لان
ذلك القدر من النقصان حصل بفعله وهو المراد بقوله في الزيادات
يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم تبقى قيمته ستة فيضمن نصفها وهو
ثلاثة دراهم وهو المراد بقوله ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين يعني به
نصف قيمته حيا ثم اذا مات يضمن النصف الاخر وهو ثلاثة ايضا لانه فوت
عليه اللحم ولا يضمن النصف الاخر بعد الموت وان كان تفويت اللحم فيه
موجودا بفعله لانه ضمن ذلك النصف حيا فلو ضمنه بعد الموت كان تكرر
الضمان بان يضمن قيمته حيا ثم يضمن قيمة لحمه بعد الموت وهذا لا يجوز وهذا
اذا كانت حياته بينة عند رمي الثاني وكان رمي الثاني بعد ما اثخنه
الاول اما اذا كانت حياته خفية بقدر المذبوح فلا يضمن الثاني ولو كل
لان موته لا يضاف الى الثاني ولهذا لو وقع في الماء في هذه الحالة لا يحرم
وقد ذكرناه من قبل وعنه وقع الاحتراز بقوله فان علم ان الموت حصل من
الجراحتين او لا يدري ولو رماه معا فاصابه احدهما قبل الاخر فاثخنه
ثم اصابه الاخر او رماه احدهما اولا ثم رماه الثاني قبل ان يصيبه
الاول او بعد ما اصابه الاول غير ممتنع فلا يحل بذكاة الاضطرار وصار
كما اذا رماه الثاني بعد ما اثخنه الاول قلنا عند رمي الثاني هو
صيد ممتنع فوقع رميه ذكاة ولهذا يشترط التسمية عند الرمي فكذا
الامتناع يعتبر عنده الا ان الملك يثبت للاول لان سهمه اخرجه عن

حرم لامتناع ذكاته به قبل ان يتصل سهم الثاني به فحاصله ان المعتبر في حق الحل
والضمان وقت الرمي لان الرمي الى الصيد مباح فلا ينعقد سببا لوجوب
الضمان فلا ينقلب موجبا بعد ذلك وهو ذكاة فيحل المصاب لان الحل
يحصل بفعله وفعله هو الرمي والارسال فيعتبر وقته وفي حق الملك
يعتبر وقت الاثخان لانه به يثبت الملك وزفر يعتبر وقت الاثخان فيهما
ولو رمياه معا واصاباه معا فاثخناه فهو بينهما لاستوائهما في السبب
والبازي والكلب في هذا كالسهم حتى يملكه بالاثخان ولا يعتبر امساكه بدون
الاثخان حتى لو ارسل بازيه فامسك الصيد بمخلبه ولم يثخنه فارسل آخر
بازيه فقتله فذلك الصيد كان للثاني ويحل لان يد البازي
الاول ليست بيد حافظة لتقام مقام يد المالك اما القتل فهو الاتلاف
والبازي من اهل الاتلاف فينتقل الى صاحبه ولو رمى سهما فاصاب الصيد
فاثخنه ثم رماه ثانيا فقتله يحرم لما بينا ولو رمى سهما فاصاب سهما موضوعا
على حائط فدفعه ومضى السهم الثاني واصاب صيدا فقتله حل لان
اندفاع السهم الثاني بقوة السهم الاول فاضيف الى راميه كانه رماه به
ولو رمى سهما الى الصيد ورمى رجل آخر الى ذلك الصيد او غيره فاصاب السهم
الثاني السهم الاول وامضاه حتى اصاب الصيد وقتله ينظر ان كان
السهم الاول بحال انه لا يبلغ الى الصيد بدون دفع الثاني فالصيد للثاني
لانه هو الآخذ له حتى لو كان الثاني مجوسيا او محرما لا يحل وان كان السهم
الاول بحال يبلغ الصيد بدون السهم الثاني فالصيد للاول لانه هو السابق
في الاخذ وان كان الثاني مجوسيا او محرما لا يحل استحسانا لانه اوجب زيادة
قوة في السهم الاول فاوجب الحرمة احتياطا مجوسي زجر صيدا او ارسل
كلبه فاقبل الصيد هاربا من سهمه او كلبه فرماه مسلم او ارسل كلبه عليه
فقتله قبل وقوع سهم المجوسي على الارض وقبل رجوع كلبه كره لان فعل
المجوسي اعانة لانه لولا فعله لما قدر المسلم على قتله بهذا الرمي فالشركة
توجب الحرمة والاعانة توجب الكراهة اما اذا فعل ذلك بعد وقوع
سهم المجوسي في الارض وبعد رجوع كلبه فلا يكره لان فعل المجوسي لم يبق
حال رمي المسلم وارساله ولو رمى سهما الى الصيد فصرفته الريح عن سننه
حل لعدم امكان التحرز عنه بخلاف ما اذا اصاب السهم حائطا او صخرة
فارتد واصاب صيدا حيث لا يحل لان الرمي قد انقطع بالارتداد وردا
وكذا اذا اردته الريح الى ورائه لا يحل لما قلنا بخلاف ما اذا رجع الى ورائه
بضربه رجل آخر سهمه حيث يحل اذا كان يرميه بقصد الاصطياد لان الاول

انقطع

انقطع فكان مضافا الى الثاني فيحل ولو انحرف يمنة او يسرة باصابة الحائط
ولم يرجع الى ورائه حل لما ذكرنا في الريح ولان قوة الرمي لم تنقطع فيضاف
الى الرامي ولو هبت الريح وضربت السهم فزادت في ذهابه فاصاب
الصيد فلا بأس باكله لان فعل الريح ليس من جنس فعل الرامي فلم يتحقق
بهذه الاعانة شبهة الشركة فبقيت الاصابة مضافة الى الرمي قال
وحل اصطياد ما يؤكل لحمه وما لا يؤكل لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا
مطلقا من غير قيد بالمأكول اذ الصيد لا يختص بالمأكول قال الشاعر
صيد الملوك ارانب وثعالب • واذا ركبت فصيدي الابطال •
ولان اصطياده سبب الانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع
شره وكل ذلك مشروع والله اعلم

كتاب الرهن

قال رحمه الله هو حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين
هذا حده في الشرع وهذا اللفظ يدل على الثبوت والدوام ويطلق
الرهن على المرهون تسمية للمفعول باسم المصدر يقال رهنت الرجل شيئا
ورهنته عنده وارهنته لغة فيه والجمع رهان ورهون ورهن والرهن
في اللغة جعل الشيء محبوسا اي شيء كان باي سبب كان قال الله تعالى كل
نفس بما كسبت رهينة اي محبوسة بوبال ما كسبت من المعاصي قال الشاعر
وفارقتك برهن لا فكاك له • يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا •
اي ارتهنت وحبست قلبه فذهبت به يوم التوديع وانحبس قلبه عندها
على وجه لا يمكن فكاكه وقوله كالدين اشارة الى ان الرهن لا يجوز الا بالدين
لانه هو الحق الممكن استيفاؤه من الرهن لعدم تعينه واما العين فلا يمكن
استيفاؤه من الرهن فلا يجوز الرهن بها الا اذا كانت مضمونة بنفسها كالمغصوب
والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد لان الموجب الاصلي فيها
المثل او القيمة ورد العين مخلص على ما عليه الجمهور وهو دين ولهذا تصح
الكفالة به ولا يبرأ عن قيمته ويمنع وجوب الزكاة على من هو في يده في ماله
بقدر القيمة ولو كان الواجب هو العين لما ثبتت هذه الاحكام وعند البعض
وان كان الموجب الاصلي رد العين ورد القيمة مخلصا لا يجب الضمان
الا بعد الهلاك لكن يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا يعتبر قيمته
يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة
بخلاف الاعيان غير المضمونة كالامانات او المضمونة بغيرها كالمبيع حيث
لا يجوز الرهن بها لعدم وجوبها الا ترى ان الحوالة المقيدة بالاعيان المضمونة
بنفسها لا تبطل بهلاكها والمقيدة بغير المضمونة باعيانها تبطل به ولولا ان

او شبهة لوجود شبهة ثابت لبطلت والرهن مشروع بالكتاب والسنة واجماع
الامة اما الكتاب فقوله تعالى فرهن مقبوضة واما السنة فما روي عن
عائشة رضي الله عنها قالت ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى طعاما
من يهودي الى اجل ورهنه درعا من حديد رواه مسلم والبخاري وقد انعقد
الاجماع عليه ولانه وثيقة في جانب الاستيفا فيجوز كالوثيقة في
جانب الوجوب وهي الكفالة والحوالة والجامع ان الحاجة الى الوثيقة
ماسة من الجانبين فان المستدين قلما يجد من يداينه بلا رهن والمدين
يأمن بالرهن من التوى بالجحود او باسراف المديون في ماله بحيث لم يبق منه شيء او
بمحاصصة غيره من الغرما فكان فيه نفع لهما كما في الحوالة والكفالة فشرع
قال وينعقد بايجاب وقبول ويتم بقبضه محوزا مفرغا مميزا وهذا استحسن
فان الرهن لا يلزم بالايجاب والقبول لانه تبرع كالهبة والصدقة ولكنه
ينعقد بهما ويتم بالقبض فيلزم به وقال مالك يلزم بنفس العقد كالبيع
والاجارة والجامع ان كل واحد منهما يختص بالمال من الجانبين ولانه عقد
وثيقة فاشبه الكفالة فيلزم بالقبول والخلاف معه بناء على الخلاف في
الصدقة والهبة ولنا قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهن
مقبوضة والمصدر المقرون بحرف الفاء في جواب الشرط يراد به الامر والامر
بالشيء الموصوف يقتضي ان يكون ذلك الوصف شرطا فيه اذ المشروع بصفة
لا يوجد بدون تلك الصفة نظيره قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير
رقبة مؤمنة اي فليحرر رقبة مؤمنة ولان الرهن عقد تبرع لما ان الراهن
لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من الامضا
بعدم الرجوع كما في الوصية والصدقة والهبة والامضا يكون بالقبض
وقوله محوزا مفرغا مميزا احترز بالاول عن المشاع وبالثاني عن المشغول
وبالثالث عن المتصل فاذا قبضه كذلك تم لوجود القبض على الكمال
قال والتخلية وفي البيع قبض والصواب ان التخلية تسليم
لانه عبارة عن رفع الموانع من القبض وهو فعل المسلم دون المتسلم والقبض
فعل المتسلم وانما يكتفى بالتخلية لانه مؤتى غاية ما يقدر عليه والقبض
فعل غيره فلا يكلف به وهذا هو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ان الرهن
في المنقول لا يثبت الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء اذ لم يكن الرهن
مضمونا على احد قبل ذلك فلا يثبت الا بالقبض حقيقة كالغصب بخلاف
البيع فان القبض فيه ناقل للضمان من البائع الى المشتري فان المبيع قبل
التسليم مضمون على البائع بالثمن ثم ينتقل ذلك الى المشتري بالقبض

و

والاول اصح لما ذكرنا والقياس على الغصب باطل لان قبض الرهن مشروع
فاشبه البيع والغصب ليس بمشروع فلا حاجة الى ثبوته بدون قبضه
حقيقة وهو النقل قال وله ان يرجع عن الرهن ما لم يقبضه اي
للراهن ان يرجع عن الرهن ما لم يقبضه المرتهن لما ذكرنا انه تبرع ولا لزوم
على المتبرع ما لم يسلم كالهبة والصدقة وفيه خلاف مالك وقد ذكرناه
قال وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فلو هلك وقيمته مثل دينه
صار مستوفيا وان كانت اقل صار مستوفيا بقدره ورجع المرتهن بالفضل
وقال الشافعي الرهن كله امانة في يد المرتهن لا يسقط شيء من الدين بهلاكه
لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه
رواه الدارقطني قال معناه لا يصير مضمونا بالدين ومعنى قوله له غنمه
اي للراهن الزوائد وعليه غرمه اي لو هلك كان الهلاك على الراهن ولان
الرهن وثيقة فلا يسقط الدين بهلاكه اعتبارا بهلاك الصك والشهود
بهلاك الوثيقة في جانب الوجوب وهو الحوالة والكفالة وهذا لان
الوثيقة يزداد بها معنى الصيانة وسقوط الدين بهلاك الرهن مضاد
الصيانة اذ الحق به يصير بعرضية الهلاك وهو ضد الصيانة فصار امانة
ضرورة الا ترى ان ما زاد على قدر الدين امانة في يد المرتهن والقبض
في الكل واحد فلا يثبت الضمان في البعض دون البعض ولنا قوله عليه
السلام للمرتهن بعد ما نفق الفرس الرهن عنده ذهب حقك ولا يجوز
ان يراد به ذهاب الحق في الحبس لانه لا يتصور حبسه فلا يحتاج فيه الى
البيان لانه عليه السلام بعث لبيان الاحكام لا لبيان الحقائق ولان الحق
ذكر معرفا بالاضافة فيعود الى المذكور اولا وقوله عليه السلام اذا عمي
الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك
بان قال كل واحد منهما لا ادري كم كان قيمته فيكون مضمونا بما فيه من الدين
واجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على ان الرهن مضمون ثم اختلافهم
في كيفية الضمان فذهب عمر رضي الله عنه انه مضمون بالاقل من الدين ومن
قيمة الرهن وبه اخذ اصحابنا رحمهم الله وعن علي رضي الله عنه انه قال يترادان
الفضل وقال الحسن هذا محمول على حالة بقاء الرهن اذا استوفى المرتهن
يرد عليه الفضل وقد روي عن محمد بن الحنفية عن علي مثل مذهبنا وعند
شريح الرهن مضمون بما فيه قلت قيمته او كثرت حتى لا يرجع واحد منهما على
الآخر بعد هلاكه بشيء مطلقا وهذا اختلاف السلف على ثلاثة اقاويل
واحداث قول رابع خروج عن الاجماع فلا يجوز ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفا



وهو ملك اليد والحبس لان لفظه ينبئ عن الحبس على ما بينا والاحكام الشرعية
تثبت على وفق معانيها اللغوية ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو
ان يكون موصلا له اليه ويثبت ذلك بملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود
مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيتسارع الى
قضاء الدين فاذا ثبت هذا المعنى يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك
فلو استوفى الدين بعده يؤدي الى الربا لانه يكون استيفاء ثانيا ولا يلزم
ذلك حال قيام الرهن لان الاستيفاء الاول ينتقض بالرد على الراهن فلا يتكرر
ولا يقال انما صار مستوفيا بملك اليد لا بملك الرقبة وقد بقي حقه في
ملك الرقبة وكان له ان يستوفيه ليأخذ حقه كاملا وصار مستوفيا بالمالية
دون العين فيكون له الاستيفاء ثانيا ليأخذ حقه في العين كاملا لانا نقول
لا وجه الى استيفاء الباقي وهو ملك الرقبة بدون ملك اليد او ملك العين
بدون ملك المالية اذ لا يتصور ذلك فيسقط للضرورة كما اذا استوفى
زيوفا مكان الجياد فان حقه في الجودة يبطل لعدم تصور استيفاء الجودة
وحدها بدون العين فاذا لم يملك العين بقي ملك الراهن فيه امانة في يده
فيكون نفقته حيا وكفنه ميتا عليه لانهما مؤنة الملك ولو اشتراه
المرتهن لا ينوب قبضه الرهن عن قبض الشراء لان عينه امانة فلا ينوب
قبضه عن قبض المضمون وقوله عليه السلام لصاحبه غنمه وعليه غرمه
قلنا يحتمل ان يكون الصاحب هو المرتهن كما يقال للمصاحب لزم الرهن
ولا يكون صاحب المال وعن ابي يوسف في تفسير الحديث ان الفضل في قيمة
الرهن لرب الرهن ولا يكون مضمونا ولا يغلق وان كان فيه الفضل
في قيمته نقصان رجع المرتهن بالفضل وعن ابي عبيدة انهما بمعنى واحد يقول
رجع الرهن الى ربه فيكون غنمه له ويرجع رب الحق عليه فيكون غرمه
عليه فاذا كان الحديث مؤولا لا يلزم حجة ومعنى قوله عليه السلام لا
يغلق الرهن علينا قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي
عن السلف وعن النخعي في رجل دفع الى رجل رهنا واخذ منه درهما فقال
ان جئتك بحقك الى كذا وكذا والا فالرهن لك فقال ابراهيم لا يغلق الرهن
فجعله جوابا للمسألة ويوجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء وهذا المحقق الصك
وان كان فراغ الذمة من ضرورته بخلاف الصك والشهود لانه لا
استيفاء فيهما حتى يسقط دينه بالهلاك فحاصله ان حكم الرهن عندنا صيرورة
الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين
بالعين استيفاء منه عينا بالبيع وجعله اولى به وتقديمه على سائر الغرماء

فيخرج على الاصلين عدة مسائل كلها مختلف فيها منها ان الراهن ممنوع
من الاسترداد للانتفاع به عندنا لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس
وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع ومنها ان حكم الرهن
يسري الى الولد عندنا فيحبس مع الاصل وعنده لا يسري لان الولد لا يحدث
بعد الاستيفاء حقيقة لا استيفاء يكون المستوفى فكذا في الاستيفاء
الحكمي وعنده لما كان حكم الرهن تعينه للبيع فتعين عين المبيع لا يوجب
تعين عين اخرى له ومنها ان رهن المشاع لا يجوز عندنا لان حكم الرهن هو
الحبس الدائم لا يتصور فيه وعنده يجوز لما كان بيعه ثم كيفية الضمان
ما ذكره في المختصر هو ان يكون مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين الى
آخر ما ذكر على ما بينا وقال زفر رحمه الله الرهن كله مضمون بالقيمة حتى اذا
كان قيمته اكثر من الدين يجب على المرتهن ضمان الفضل لقول علي رضي الله عنه
يترادان الفضل في الرهن والتراد يكون من الجانبين فيرجع كل واحد منهما
على صاحبه بالفضل عند الهلاك ولان الزيادة على الدين مرهونة
لكونها محبوسة به فتكون مضمونة كما في قدر الدين ومذهبنا مروي عن
عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما ولان يد المرتهن يد استيفاء فلا
يوجب الضمان الا بقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء بان اوفاه دراهم
في كيس اكثر من حقه يكون مضمونا عليه بقدر الدين والفضل امانة
والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة
في حق الضمان والمراد بالتراد في المروي عن علي حالة البيع فانه روي عنه
انه قال المرتهن امين في الفضل وروى ابن الحنفية عنه انه مثل مذهبنا
فلم يبق له فيه حجة وكيفية الضمان فيما اذا كان مرهونا بالاعيان المضمونة
وقد هلك الرهن ان يقال للمرتهن سلم العين الى المرتهن وخذ
منه الاقل من قيمة الرهن ومن قيمة العين لان الرهن مضمون بالاقل منهما
اذ العين المرهون بها بمنزلة الدين المرهون به فاذا وصل الى المرتهن العين
وجب عليه ان يرد قدر المضمون لان الزائد عليه امانة وان هلكت العين
المرهون بها قبل الرهن فالرهن رهن على حاله بقيمة تلك العين وان هلك
الرهن بعد ذلك كان مضمونا بالاقل من قيمته ومن قيمة العين حتى يرجع
المرتهن على الراهن بالزائد ان كانت قيمة العين اكثر ولا يرجع الراهن على
المرتهن ان كانت قيمة الرهن اكثر لان الفضل من الرهن امانة كما اذا كان
مرهونا بالدين وفيه فضل وقال القدوري في مختصره ولا يصح الرهن
الا بدين مضمون وهذا يشير الى ان الرهن بالاعيان المضمونة لا يصح ولكن

ان يقال ان الوصف الحاصل فيها القيمة وهي دين على ما بينا ووصف الدين
بكونه مضمونا وصف ضائع لا فائدة فيه لان الدين لا يكون الا مضمونا وذكر
قاضي خان في فتاواه وصاحب المبسوط اذا اخذ المولى بدل الكتابة من
مكاتبه رهنا جاز وان كان لا يجوز اخذ الكفيل به وفي المحيط المكاتب كالحر في
الرهن والارتهان وذكر الطحاوي انه على قياس قول ابي يوسف ومحمد لا يجوز
والصحيح الاول لان الرهن ايفاء والارتهان استيفاء وهو يملكهما ولو رهن
بكتابته عبدا فابق لعتق المكاتب اذا قضى القاضي بذلك وان
رجع الابق بعد ذلك يكون رهنا بمكاتبته والعبد الماذون له في التجارة
كالمكاتب حتى يملك الرهن والارتهان لما ذكرنا **قال** وله ان يطالب الراهن
بدينه ويحبسه به اي للمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به وان كان
الرهن في يده لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا
يمتنع به المطالبة وكذا لا يمتنع به الحبس لانه جزاء الظلم وهو المماطلة
على ما بينا في القضاء مفصلا **قال** ويؤمر المرتهن باحضار رهنه والراهن
باداء دينه اولا اي اذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن اولا ليعلم
انه باق لانه قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيامه
في يد الاستيفاء لانه يؤدي الى تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن
وهو محتمل واذا احضر المرتهن الرهن امر الراهن بتسليم الدين اولا وهو المراد
بقوله والراهن باداء دينه اولا ليتعين حق المرتهن في الدين كما تعين حق
الراهن في الرهن تحقيقا للتسوية بينهما كما في تسليم المبيع والثمن يحضر
البائع المبيع ثم يسلم المشتري الثمن اولا لما ذكرنا فان طالبه بالدين في
غير البلد الذي وقع العقد فيه فان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك
الجواب لان الاماكن كلها في حقه كبقعة واحدة في حق التسليم ولهذا لا
يشترط فيه بيان مكان الايفاء في باب السلم بالاجماع وان كان له حمل
ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لانه نقل والواجب عليه
التسليم بالتخلية دون النقل لانه يتضرر به زيادة ضرر لم يلتزمه
في العقد ولو بيع الرهن لا يكلف المرتهن احضار ثمن الرهن لانه لا قدرة له
عليه لان بيعه باذن الراهن فصح وصار الرهن دينا فصار كانه رهنه
الراهن وهو دين ولو قبض الثمن يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل
والذي يقبض الثمن هو البائع مرتهنا كان او عدلا لانه هو العاقد وحقوق
العقد ترجع اليه ولا يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين ولا لاستيفاء
نجم قد حل اذا ادعى الراهن هلاكه لاحتمال الهلاك بخلاف ما اذا لم يدع

الراهن

الراهن هلاكه لانه لا فائدة في احضاره مع اقراره ببقائه وهذا بخلاف ما
اذا قتل رجل خطأ العبد الرهن حتى قضي بالقيمة على عاقلته في ثلاث
سنين حيث لا يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن جميع القيمة لانه
لم يصر دينا بفعل الراهن وفيما تقدم صار دينا بفعله ولا بد من احضار جميع
القيمة لانه يقوم مقام العين لكونها بدلا عنها ولو وضع الرهن على يد
العدل واذن بالايداع ففعل ثم جاء المرتهن وطلب دينه لا يكلف احضار
الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته وكذا
لو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي
في يده يقول اودعني فلان ولا ادري لمن هو يجبر الراهن على قضاء
الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض منه وكذا اذا غاب العدل
ولا يدرى اين هو لما قلنا بخلاف ما اذا جحد الذي اودعه العدل الرهن
بان قال هو مالي حيث لا يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت انه رهن لانه
لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق الاستيفاء فلا يملك
المطالبة به **قال** وان كان الرهن في يد المرتهن لا يمكنه من البيع حتى
يقبض الدين اي لو اراد الراهن ان يبيع الرهن لكي يقضي بثمنه الدين لا
يجب على المرتهن ان يمكنه من البيع لان حكم الرهن الحبس الدائم الى ان يقضي
الدين لا القضاء من ثمنه على ما بينا من قبل فلو قضى البعض فله ان يحبس
كل الرهن حتى يستوفي البقية كما في حبس المبيع **قال** فاذا قضى سلم
الرهن اي اذا قضى الراهن جميع الدين سلم المرتهن الرهن اليه لزوال المانع
من التسليم بوصول حق المرتهن اليه فلو هلك الرهن بعد قضاء الدين قبل
تسليمه الى الراهن استرد الراهن ما قضاه من الدين لانه تبين بالهلاك انه صار
مستوفيا من وقت القبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب
رده وهذا لانه بايفاء الدين لا ينفسخ الرهن حتى يرده الى صاحبه فيكون مضمونا
على حاله بعد قضاء الدين ما لم يسلمه الى الراهن او يبرئه المرتهن عن الدين
وكذا لو تفاسخا الرهن لا ينفسخ ما دام في يده حتى كان للمرتهن ان يمنعه بعد
الفسخ حتى يستوفي دينه ولو هلك بعد الفسخ يكون كما لو هلك قبله
فيكون هالكا بدينه بخلاف ما اذا هلك بعد الابراء حيث لا يضمن استحسانا
لانه لم يبق رهنا لان بقاءه رهنا بامرين بالقبض والدين فاذا فات احدهما
لم يبق رهنا **قال** ولا ينتفع المرتهن بالرهن استخداما وسكنى واجارة
واعارة لان الرهن يقتضي الحبس الى ان يستوفي دينه دون الانتفاع فلا يجوز
له الانتفاع الا بتسليط منه وان فعل كان متعديا ولا يبطل الرهن بالتعدي



قال ويحفظه بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله ومعناه أن
يكون الولد أيضا في عياله لأن عينه أمانة في يده على ما بينا فصار كالوديعة
وأجيره الخاص كولده الذي في عياله ونحو الذي استأجره مشاهرة أو
مسانهة والمعتبر فيه المساكنة ولا عبرة بالنفقة حتى لو أن المرأة لو دفعته
إلى زوجها لا تضمن قال وضمن بحفظه بغيرهم وبإيداعه وتعديه لما
بينا أن عينه وديعة والوديعة تضمن بالهلاك بهذه الأشياء لكونه متعديا
بها فيضمن جميع قيمته كالمغصوب وهل يضمن المودع الثاني فهو على
الخلاف الذي بيناه في مودع المودع في كتاب الوديعة ثم إن قضى كان
بالقيمة من جنس الدين يلتقيان قصاصا بمجرد القضاء إذا كان الدين
حالا فلا يطالب كل واحد منهما صاحبه إلا بالفضل وإن كان مؤجلا
يعتبر المرتهن قيمته ويكون رهنا عنده لأنه بدل الرهن فيكون له حكم
أصله فإذا حل الأجل أخذه بدينه وإن قضى بالقيمة من خلاف جنس الدين
كان الضمان رهنا عنده إلى أن يقبضه دينه لأنه بدل الرهن فأخذ
حكمه ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره ضمن لأنه استعمل الرهن فصار
متعديا به واليمنى واليسرى في ذلك سواء لأن العادة فيه مختلفة
ولو جعله في بقية الأصابع كان رهنا على حاله لأنه لا يلبس كذلك عادة
فكان من باب الحفظ لا من باب الاستعمال بغيرها إذا لبسا إلا إذا كان المرتهن
امرأة فيضمن لأن النساء يلبس كذلك فيكون من باب الاستعمال
وكذا الطيلسان إن لبسه معتادا ضمن وإن وضعه على عاتقه لا يضمن
ولو رهنه سيفين فتقلد بهما ضمن وفي الثلاثة لا يضمن لأن العادة جرت
بين الشجعان بتقليد السيفين في الحرب دون الثلاثة ولو رهنه
خاتمين فلبس خاتما فوق خاتم فإن كان ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن لأنه
مستعمل وإلا فلا لأنه حافظ قال وأجرة بيت حفظه وحافظه على
المرتهن وأجرة راعيه ونفقة الرهن والخراج على الراهن والأصل فيه
أن ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن بنفسه وتبقيته فهو على الراهن سواء
كان في الرهن فضل أو لم يكن لأن العين باقية على ملكه وكذا منافعه
مملوكة له فيكون إصلاحه وتبقيته عليه لما أنه مؤنة ملكه كما في الوديعة
وذلك مثل النفقة من مأكله ومشربه وأجرة الراعي مثله لأنه علف
البهائم ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وكري
النهر وسقي البستان وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام بمصالحه وكل ما
كان لحفظه لرده إلى يد المرتهن أو لرد جزء منه كمداواة الجرح فهو على

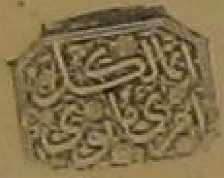
المرتهن

المرتهن مثل أجرة الحافظ لأن الإمساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون
مؤنته عليه وكذلك أجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن وعن أبي يوسف أن
أجرة المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لأنه يسعى في بقيته ومن هذا القسم
جعل الآبق إذا كان كله مضمونا لأن يد الاستيفاء كانت ثابتة على المحل
ويحتاج إلى إعادة يد الاستيفاء ليرده على المالك فكانت من مؤنة الرد
فيكون عليه وإن كان بعضه أمانة فبقدر المضمون على المرتهن وحصة
الأمانة على الراهن لأن الرد لإعادة اليد ويده في الزيادة يد المالك
إذ هو كالمودع فيها فيكون على المالك بخلاف أجرة البيت الذي يحفظ فيه
الرهن فإن كلها تجب على المرتهن كيفما كان لأن وجوبها لأجل الحبس وحق
الحبس ثابت له في الكل وأما الجعل فلأجل الضمان فيتقدر بقدره والمداواة
والفداء من الجناية ينقسم على المضمون والأمانة والخراج على الراهن لأنه
مؤنة الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل
الرهن به في الباقي لأن وجوبه لا ينافي ملكه ألا ترى أنه لو باع الخارج كله
في غير الرهن قبل أداء العشر يجوز وكذا له أن يخرج بدل العشر من مال آخر
وإذا كان ملكه ثابتا فيه بقي رهنا على حاله بخلاف استحقاق جزء شائع من الرهن
حيث يبطل الرهن في الباقي لأنه يتبين بالاستحقاق أنه لا يملك قدر المستحق
فكان الرهن شائعا من الابتداء وتبين أن الرهن كان باطلا ولا كذلك وجوب
العشر لأن وجوبه لا ينافي ملك الراهن لا فيه ولا في غيره ثم إذا أخرج منه
العشر خرج ذلك الجزء عن ملكه في ذلك الوقت فلم يوجب شيوعا في الباقي
لا طارئا ولا مقارنا وما أداه أحدهما مما يجب على الآخر بغير أمر القاضي
فهو متطوع كما إذا قضى دين غيره بغير أمره وإن كان بأمر القاضي وجعله
دينا على الآخر رجع عليه وبمجرد أمر القاضي من غير تصريح بجعله دينا عليه
لا يرجع عليه كما في الملتقط وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يرجع عليه
إذا كان صاحبه حاضرا وإن كان بأمر القاضي لأنه يمكنه أن يرفع الأمر
إلى القاضي فيأمر صاحبه بذلك وقال أبو يوسف يرجع في الوجهين
وهي فرع مسألة الحجر لأن القاضي لا يلي على الحاضر ولا ينفذ أمره عليه
لأنه لو نفذ عليه أمره لصار محجورا عليه وهو لا يملك حجره عنده وعند
أبي يوسف يملك فينفذ أمره عليه

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قال رحمه الله لا يصح رهن المشاع وقال الشافعي رحمه الله يجوز لأن موجبه عنده
استحقاق بيعه وتعيينه له والمشاع يقبل ذلك لأنه كان استيفاء فاء

الحبس لا يمتنع بالشيوع فكذا الحكمي ولنا ان موجبه ثبوت يد الاستيفاء
واستحقاق الحبس الدائم لتحصيل مقصوده وهو الاستيثاق من الوجه
الذي مر وذلك لا يحصل الا بثبوت اليد عليه ولهذا شرط في القرآن ان
يكون مقبوضا بخلاف حقيقة الاستيفاء لان موجبها ملك العين المستوفاة
فقط لا الحبس والملك يتصور في المشاع ولا يتصور الحبس الدائم فيه لانه
يبطل بالمهايأة فيصير كانه رهنه يوما ويوما لا ولهذا استوى ما يحتمل
القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة لان
موجبها الملك وذلك لا يمتنع بالشيوع وانما يمنعها لزوم غرامة القسمة
وذلك فيما ينقسم لا غير ولا يجوز من شريكه ايضا لان ثبوت اليد في المشاع
لا يتصور ولانه لو جاز لامسكه يوما بحكم الرهن ويوما بحكم الملك فيصير
كانه رهنه يوما ويوما لا بخلاف الاجارة حيث يجوز في المشاع من شريكه
لان حكمها التمكن من الانتفاع لا الحبس والشريك متمكن من ذلك فيجوز
بخلاف غير الشريك والشيوع الطاري يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل
وعن ابي يوسف انه لا يمنع لان حكم البقاء اسهل من الابتداء فاشبه الهبة
وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وفي مثله يستوي الابتداء والبقاء كالمحرمية
في باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع لا يمنع حكمها وهو الملك والمنع في
الابتداء لنفي الغرامة على ما عرف ولا حاجة الى اعتباره في حالة البقاء ولهذا
يصح الرجوع في بعض الموهوب ولا يصح الفسخ في بعض المرهون **قال**
ولا الثمرة على النخل دونها ولا زرع في الارض دونها ولا النخل في الارض
دونها لان المتعين شرط في الرهن على ما بينا ولا يمكن قبض المتصل بغيره وحده
فصار في معنى المشاع وعن ابي حنيفة ان رهن الارض بدون الشجر جائز لان
الشجر اسم للنابت فيكون استثناء للاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن
الدار دون البناء لان البناء اسم للمبني فتكون الارض جميعها رهنا وهي
مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لانه رهن الارض
بما فيها من النخيل وذلك جائز ومجاورة ما ليس برهن لا يمنع الصحة ويدخل
في رهن الارض النخل والثمر على النخل والزرع والرطبة والبناء والغرس
لانه تابع لاتصاله فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع حيث لا يدخل
هذه الاشياء في بيع الارض سوى النخل لان بيع الارض والنخل بدون
هذه الاشياء جائز ولا حاجة الى ادخالها في البيع من غير ذكر وبخلاف
المتاع الموضوع فيها حيث لا يدخل في الرهن من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه
ما ولهذا لو باعها بكل قليل وكثير هو فيها او منها لا يدخل المتاع وهذه

الاشياء تدخل وكذا تدخل هذه الاشياء في رهن الدار والقرية لما ذكرنا ولو
استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده جاز وذلك
بان يكون المستحق موضعا معينا لان رهنه ابتداء يجوز فكذا بقاء وان كان
الباقي لا يجوز ابتداء الرهن عليه بان استحق جزءا شائعا او ما هو في معنى
التابع كالثمر ونحوه تبطل لانه تبين بالاستحقاق ان الرهن وقع باطلا ومنع
التسليم كون الراهن او متاعه في الدار المرهونة حتى اذا رهن دارا وهو فيها
وقال سلمتها اليك لم يتم الرهن حتى يقول بعد ما خرج من الدار سلمتها اليك
لان التسليم الاول وقع باطلا لشغلها به فلا بد من تجديد التسليم
بعد الخروج منها كما اذا سلمها ومتاعه فيها ومنع تسليم الدابة المرهونة
الحمل الذي عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث
يكون رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن
متاعا في دار او وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة
او لجاما في راسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى
ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل
حتى قالوا يدخل في رهن الدابة من غير ذكر **قال** ولا الحر والمدبر وام
الولد والمكاتب لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء من هؤلاء
متعذر لاستحقاقهم الحرية فصاروا كالحر **قال** ولا بالامانات وبالدرك
والمبيع اي لا يجوز الرهن بهذه الاشياء اما بالامانات كالوديعة والعارية
والمضاربة ومال الشركة فلان قبض الرهن مضمون فاذا رهن به لكونه

استيفاء لا بنفسه فلا بد من ضمان المرهون به ليقع الرهن مضمونا به ويتحقق
استيفاؤه من الرهن والامانات ليست بمضمونة ولا يمكن استيفاؤها من
الرهن لتعينها حال بقائها وعدم وجوب الضمان بعد هلاكها فصارت
كالعبد الجاني والعبد الماذون له في التجارة والشفعة فان الرهن
بها لا يجوز لعدم الضمان فان العبد غير مضمون على المولى والشفعة
غير مضمونة على المشتري بخلاف الاعيان المضمونة كالمغصوب وبدل
الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد حيث يصح الرهن بها لان الوجوب
فيها متقرر اذ الواجب فيها القيمة والعين مخلص على ما عليه الجمهور
او للقيمة شبهة الوجوب على ما قاله البعض فيكون رهنا بما تقرر وجوبه
او سببه واما الدرك فلان الرهن استيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب
لان معنى الدرك ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فما لم يستحق لا يجب على
البائع رد الثمن وكذا بعد الاستحقاق حتى يحكم برد الثمن ويفسخ البيع

لاحتمال ان يجيز المستحق البيع بخلاف الكفالة به حيث يجوز لان الكفالة
يجوز تعليقها بشرط ملائم على ما عرف في موضعه وهذا لانها التزام المطالبة
والتزام الافعال معلقا او مضافا الى المال جائز كما في الصوم والصلاة
وليس فيها شي من معنى التمليك ولا كذلك الرهن فانه استيفا فيكون تمليكا
والتمليكات باسرها لا يجوز تعليقها ولا اضافتها فافترقا ولو قبض الرهن
بالدرك قبل الوجوب بالاستحقاق فهلك عند المشتري يهلك امانة لانه لا
عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك
هذا بالف لتقرضنيه وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال لان
الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة بل جعل موجودا اقتضاء لان الرهن استيفا
والاستيفا لا يسبق الوجوب بل يتلوه فلا بد من سبق الوجوب ليكون الاستيفا
مبنيا عليه ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له
حكمه كالمقبوض على سوم الشرا فيكون مضمونا عليه بالاقل مما سمى ومن قيمة
الرهن اذا سمى قدر الموعود وان لم يسم قدره بان رهنه على ان يعطيه شيئا
فهلك الرهن في يده يعطي المرتهن للراهن ما شا لانه بالهلاك صار مستوفيا
شيئا فيكون بيانه اليه كما لو اقر بذلك بخلاف المقبوض على سوم الشرا حيث
يجب على القابض جميع قيمته لانه مضمون بنفسه كالبيع الفاسد والمغصوب
فلا يتقدر بقدر غيره ولا كذلك الرهن فانه مضمون بغيره وهو الدين
فيكون مقدرا به وروى المعلى عن ابي يوسف انه يجب قيمة الرهن في الدين
الموعود بالغة ما بلغت كالمقبوض على سوم الشرا واما بالمبيع فانه مضمون
بغيره فانه مضمون بالثمن حتى اذا هلك ذهب بالثمن فلا يجب على البائع شي
والرهن لا يجوز الا بالاعيان المضمونة بنفسها ولا يجوز بالاعيان المضمونة
بغيرها كالرهن وان هلك الرهن بالمبيع ذهب بغير شي لانه لا اعتبار بالباطل
فلا يجب على المشتري شي قال ويصح بدين ولو موعودا اي الرهن
يصح وان كان الدين موعودا او لا يصح بغيره وقد بينا المعنى فيه وهو ان
الرهن استيفا والاستيفا يتحقق في الواجب وهو الدين من وجوب الدين
ظاهرا يكفي لصحة الرهن ولا يشترط وجوبه حقيقة حتى لو ادعى على رجل دينا
الف درهم مثلا فانكر المدعى عليه فصالحه على خمسمائة على الانكار واعطاه
رهنا يساوي خمسمائة فهلك الرهن عند المرتهن ثم تصادقا ان لا دين عليه
فان المرتهن يضمن قيمته خمسمائة للراهن باعتبار الظاهر ذكره محمد في الجامع
وكذا لو اشترى عبدا ورهن بالثمن فهلك الرهن ثم ظهر ان العبد حر مستحق
يجب على البائع ان يضمن الاقل من قيمة الرهن ومن ثمن العبد لان الدين

كان

كان ثابتا ظاهرا فيترتب عليه احكامه لان الاحكام الشرعية تبنى على الظاهر
والله تعالى اعلم وهو الذي يتولى السرائر وكذا لو اشترى عبدا او شاة
ذكية او خلا ورهن بثمنه ثوبا ثم ظهر العبد حرا والشاة ميتة والخل خمرا
كان الرهن مضمونا لما ذكرنا قال ويرأس مال السلم وثمن الصرف والمسلم
فيه اي يجوز الرهن بهذه الاشيا وقال زفر لا يجوز لان حكمه الاستيفا وذلك
بالاستبدال لاختلاف الجنس والاستبدال حرام في بدل الصرف والسلم ولنا
انه استيثاق من الوجه الذي بينا وهو المقصود بالرهن وانما يصير مستوفيا
بالمالية لا بالعين ولهذا تكون عينه امانة في يده حتى يجب نفقته
وكفنه ميتا على الراهن ولو كان مستوفيا به لوجب على المرتهن وفي المالية من حيث
المالية جنس واحد فيجوز استيفاؤها لا مبادلة قال فان هلك صار مستوفيا
لوجود القبض واتحاد الجنس من حيث المالية وهو المضمون فيه هذا اذا هلك
قبل الافتراق وان افترقا قبل الهلاك بطل الصرف والسلم لفوات
القبض حقيقة وحكما هذا اذا كان رهنا ببدل الصرف او برأس مال السلم
وان كان رهنا بالمسلم فيه لا يبطل بالافتراق لان قبضه لا يجب في المجلس
ثم اذا هلك بعد الافتراق صار مستوفيا للمسلم فيه فتم السلم كما اذا كان
رهنا برأس المال او ببدل الصرف وهلك قبل الافتراق يصير مستوفيا
لدينه حكما فيتم الصرف والسلم ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون
ذلك رهنا برأس المال استحسانا حتى يحبسه به وفي القياس لا يحبسه به لانه
دين اخر وجب بسبب اخر وهو القبض والمسلم فيه وجب بالعقد فلا يكون
الرهن باحدهما رهنا بالاخر كما لو كان عليه دينان دراهم ودنانير
وباحدهما رهن فقضاه الذي به الرهن او ابراه منه ليس له حبسه بالدين
الاخر وجه الاستحسان انه ارتهن بحقه الواجب بسبب العقد الذي جرى
بينهما وهو المسلم فيه عند عدم الفسخ ورأس المال عند الفسخ فيكون محبوسا
به لانه بدله فقام مقامه اذ الرهن بالشي يكون رهنا ببدله كما اذا ارتهن
بالمغصوب فهلك المغصوب صار رهنا بقيمته ولو هلك الرهن بعد
التفاسخ يهلك بالمسلم فيه لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره كمن
باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه
لاخذ المبيع لانه بدل الثمن ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لانه مرهون
به وكذا لو اشترى عبدا شرا فاسدا وادى ثمنه كان للمشتري ان يحبس
المبيع عند الفسخ ليستوفي الثمن ثم اذا هلك المبيع يهلك بقيمته فكذا هذا
ثم اذا هلك الرهن بالمسلم فيه في مسئلتنا يجب على رب السلم ان يدفع مثل

المسلم فيه الى المسلم اليه ويأخذ راس المال لان الرهن مضمون به وقد بقي حكم
الرهن الى ان يهلك فصار بهلاك الرهن مستوفيا للمسلم فيه ولو
استوفاه حقيقة ثم تقايلا او استوفاه بعد الاقالة لزمه رد المستوفى
واسترداد راس المال فكذا هنا وهذا لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل
الفسخ بعد ثبوتها فبهلاك الرهن لا يبطل قال وللاب ان يرهن
بدين عليه عبدا لطفله او لولده الصغير لانه يملك ايداعه وهذا انظر
منه في حق الصبي لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ مخافة الغرامة ولو هلك
يهلك مضمونا والوديعة امانة والوصي في هذا كالاب لما بينا وعن ابي يوسف
وزفر انهما لا يملكان ذلك وهو القياس لان الرهن ايفاء حكما فلا يملكانه
كالايفاء حقيقة وجه الاستحسان وهو الظاهر ان في حقيقة الايفاء ازالة
ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي الرهن نصب حافظ لمال
الصغير في الحال مع بقاء ملكه فيه فافترقا واذا جاز الرهن يصير المرتهن
مستوفيا دينه عند هلاكه حكما ويصير الاب والوصي موفيا له به ويضمنان
ذلك القدر للصغير ذكر في النهاية معزيا الى التمرتاشي وهو الى الا
ان قيمة الرهن اذا كانت اكثر من الدين يضمن الاب بقدر الدين والوصي
بقدر القيمة لان للاب ان ينتفع بمال الصبي ولا كذلك الوصي ثم قال وذكر
في الذخيرة والمغني التسوية بينهما في الحكم وقال لا يضمنان الفضل لانه
امانة وهو وديعة عند المرتهن وله ولاية الايداع وكذا لو سلطا المرتهن
على البيع لانه توكيل على بيعه وهما يملكانه ثم اذا اخذ المرتهن الثمن بدينه
وجب عليهما مثله لانهما اوفيا دينهما بماله قال اصل هذه المسئلة البيع فان
الاب او الوصي اذا باع مال الصغير من غريم نفسه يقع المقاصة ويضمنه
للصبي عندهما وعند ابي يوسف لا تقع المقاصة فيأخذ البائع الثمن من
المشتري للصغير ويأخذ المشتري دينه من البائع وعلى هذا الخلاف
الوكيل بالبيع اذا باعه من غريم نفسه تقع المقاصة بنفس البيع عندهما
ويضمن الوكيل الثمن للموكل وعنده لا يقع فاذا كان من اصله انه لا يملك
قضاء دين نفسه بمال الصبي بطريق البيع فكذلك لا يملك بطريق الرهن وعندهما
لما ملك بطريق البيع ملك بطريق الرهن ايضا لان الرهن نظير البيع من حيث
وجوب المبادلة بوجوب الضمان على المرتهن كوجوب الثمن على المشتري ٥
واذا كان للاب او لابنه الصغير او لعبده المأذون له في التجارة ولا
دين عليه دين على ابن له صغير فرهن الاب متاع الصغير من نفسه او من ابنه
الصغير او من عبده التاجر جاز لان الاب لوفور شفقته نزل منزلة شخصين

واقيمت

واقيمت عبارته مقام عبارتين كما في بيعه مال الصغير من نفسه ولو
فعل الوصي ذلك والمسئلة بحالها لا يجوز لانه وكيل محض والاصل
ان الواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما في البيع لكنا تركنا ذلك
في الاب لما ذكرنا وليس الوصي كالاب فان شفقته قاصرة فلا تعدل عن
الحقيقة والرهن من ابنه الصغير ومن عبده التاجر بمنزلة الرهن من
نفسه فلا يجوز بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده الذي عليه دين حيث
يجوز رهنه منهم لانه اجنبي عنهم اذ لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع
حيث لا يجوز بيعه منهم لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا
وهو ان يكون مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين وذلك لا يختلف بين
الاجنبي والقريب ولو رهن الوصي مال اليتيم عند الاجنبي بتجارة باشرها
او رهن لليتيم بدين لزمه بالتجارة صح لان الاصلح له التجارة تثميرا لماله
فلا يجد بدا من الرهن لانه ايفاء واستيفاء ولو رهن الاب متاع الصغير فادرك
الابن ومات الاب فليس للابن ان يسترده حتى يقضي الدين لان تصرف الاب
نافذ عليه لازم له بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ ولو كان على الاب دين
لرجل فرهن به مال الصغير فقضاه الابن بعد البلوغ رجع به في مال
الاب لانه مضطر اليه لحاجته الى الانتفاع بماله فاشبه معير الرهن وكذلك
اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه به ولو رهن الاب
مال الصغير بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين
جائزين ثم هلكه في حصة دين الاب يضمنه فيما لو كان كله رهنا بدين الاب
وكذلك الوصي والجد ابو الاب ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين
استدانه عليه وقبضه المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع
في يد الوصي هلك من مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ
لانه استعاره لحاجة الصغير فلا يكون متعديا بذلك ولو هلك الرهن
في يد الوصي لا يسقط من الدين شيء لخروجه عن ضمان المرتهن بالاسترداد ٥
والوصي هو الذي يطالب به على ما كان ولو استعاره لحاجة نفسه
ضمنه للصغير لانه متعد فيه لعدم ولاية الاستعمال في حاجة نفسه
ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه فاستعمله في حاجة نفسه حتى هلك
عنده ضمن قيمته لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي
بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي بالضمان الدين ان كان قد حل فان
فضل شيء كان لليتيم لانه بدل ملكه وان لم يف بالدين يقضي من مال اليتيم
لان الدين عليه وانما يضمن الوصي بقدر ما تعدى فيه وان كان الدين

الدين مؤجلا فالقيمة رهن فاذا حل كان على ما ذكرنا ولو انه غصبه واستعمله
لحاجة الصغير ضمنه لحق المرتهن لا بحق الصغير لان استعماله في حاجة الصغير
ليس بتعد في حقه وكذا الاخذ لان له ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا اذا اقر
الاب او الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لمال اليتيم
لان له ولاية الاخذ فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن فيأخذه بدينه ان كان
قد حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد في حقه بل هو عامل له وان كان
لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين يأخذه به ويرجع الوصي على
الصبي لما ذكرنا **قال** ويصح رهن الحجرين والمكيل والموزون والمراد
بالحجرين الذهب والفضة وانما جاز رهن هذه الاشيا لامكان الاستيفا منها
فكانت محلا للرهن **قال** فان رهنت بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من
الدين ولا عبرة للجودة لان الجودة لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس في الاموال
الربوية وهذا على اطلاقه قول ابي حنيفة فانه يصير مستوفيا عنده اذا
هلك باعتبار الوزن قلت قيمته او كثرت لما ذكرنا وعندهما ان لم يكن في اعتبار
الوزن اضرار باحدهما بان كانت قيمة الرهن مثل وزنه فكذلك وان كان
فيه الحاق ضرر باحدهما بان كانت قيمته اكثر من وزنه او اقل ضمن المرتهن قيمته
من خلاف جنسه لينتقض قبض الرهن ثم يجعل الضمان رهنا مكانه ويملك
المرتهن الهالك بالضمان لانا لو اعتبرنا الوزن وحده من غير اعتبار صفته
من جودة او رداءة واسقطنا القيمة فيه اضررنا باحدهما ولو اعتبرنا
القيمة وجعلناه مستوفيا باعتبارها ادى الى الربا فتعين ما ذكرنا
وابو حنيفة يقول ان الجودة ساقطة عند المقابلة بالجنس في الاموال الربوية
واستيفا الرديء بالجيد او بالعكس جائز عند التراضي به ولهذا يحتاج
الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان عليه لعدم المطالب ولان الانسان
لا يضمن ملك نفسه فتعذر التضمين لتعذر النقض وقيل هذه فريعة ما اذا
استوفى زيوفا مكان الجياد ثم علم بالزيافة وذلك معروفة وقيل لا يصح
البناء لان محمدا فيها مع ابي حنيفة في المشهور عنه ومحمد في هذه مع ابي
يوسف وقال قاضيخان ان البناء صحيح لان عيسى بن ابان قال قول محمد اولا
كقول ابي حنيفة واخر القول قول ابي يوسف وليس كان مع ابي حنيفة فالفرق له
ان الزيوف في تلك المسئلة قبضه استيفا لحقه وقد تم بهلاكه والرهن
قبضه ليستوفى من عينه فلا بد من نقض القبض وقد امكن بالتضمين ثم
الاصل فيه عند ابي حنيفة ان العبرة للوزن دون الجودة والصياغة لان
الوزن اصل والجودة وصف فلا يعتبر الوصف الا عند الضرورة كما في الوصايا

والتصرف في اموال الصغار وعند الانكسار فيما اذا كان الرهن مصوغا
يضمن المرتهن قيمة المضمون منه بالغا ما بلغ ولا يضمن حصة الامانة
ان كان بعضه امانة ويملك المرتهن المنكسر بقدر ما ضمن وخرج ذلك من
ان يكون رهنا ويجعل الضمان رهنا مكانه واذا شا الراهن ان يفتك
المنكسر بجميع الدين فعل وليس له ان يجعله بالدين لانه حكم جاهلي والاصل
عند ابي يوسف ان الجودة والصياغة معتبرة بنفسها غير تابعة للوزن
في حق الضمان لانها متقومة حقا للعبد ولا يجعل تبعا اذا لم يؤد الى الربا
كما تعتبر في الوصية وفي مال الصغير حتى يعتبر خروج الجودة من الثلث
ولا يجوز لولي الصغير ان يبيعه بمثله من جنسه وقيمته انقص منه فاذا
اعتبرت الجودة صارت كانها عين فيضم الى الوزن فيقدر الدين من المجموع
صار مضمونا والباقي امانة ثم عند الهلاك يصير مستوفيا ما لم يؤد الى الاضرار
باحدهما او الربا فان ادى اليه ضمن المرتهن المضمون منه من خلاف جنسه وجعل
رهنا مكانه وملك الرهن على ما بينا وعند الانكسار هو بالخيار ان شا افتكه
بجميع الدين وان شا ضمنه قيمة الرهن كلها ان كان كله مضمونا وان كان بعضه
امانة يضمن قدر المضمون منه ويملك المرتهن من الرهن بحسابه ويكون الامانة
رهنا على حاله مع الضمان وتنفصل الامانة منه كيلا يلزم رهن المشاع وليس
له ان يجعل المنكسر بالدين لما ذكرنا والاصل عند محمد ان الجودة والصياغة
تابعة للاصل وهو الوزن ولا تعتبر في الهالك لانه اذا لاقت جنسها وتعتبر
في المضمونات ثم ينظر ان كان في الوزن وقيمته وفا بالدين وزيادة تصرف
الدين الى الوزن والامانة الى الجودة والصياغة وان لم يكن في الوزن
وفا وفي قيمته وفا به صرف من قيمته الى الوزن الى تمام الدين فيجعل مضمونا
والزايد امانة ثم عند الهلاك يصير المرتهن مستوفيا دينه ما لم يؤد الى
الاضرار باحدهما ولا الى الربا فان ادى الى احدهما ضمن المرتهن قدر المضمون
منه من خلاف جنسه ويكون رهنا بالدين ويملك المضمون كقول ابي يوسف
وعند محمد الانكسار كان مخيرا ان شا افتكه بجميع الدين وان شا جعله بالدين
ما لم يؤد الى الاضرار باحدهما او الى الربا فيعتبر حالة الانكسار بحالة
الهلاك ثم جنس هذه المسائل على ثلاثة اقسام قسم فيما اذا كان الرهن
مثل وزن الدين وقسم فيما اذا كان وزنه اقل من الدين وقسم فيما اذا كان
الرهن اكثر من الدين وكل قسم ينقسم الى قسمين الى حالة هلاك الرهن
والى حالة الانكسار والقسم الاول ينقسم الى ثلاثة اقسام اما ان يكون
القيمة مثل الوزن او اقل او اكثر وينقسم كل قسم من الاخرين على خمسة

اقسام على ما بينا فصار الكل ستة وعشرين قسما القسم الاول رهن قلب
فضة وزنه عشرة وقيمته عشرة بعشرة فهلك هلك بالدين اتفاقا اعتبارا
للوزن او لعدم الضرر باحد وان انكسر فعندهما ان شاء افتكه بجميع الدين
وان شاء ضمنه قيمته من جنسه او من خلاف جنسه وجعله رهنا مكانه وملك
المرتهن المنكسر وعند محمد ان شاء الراهن افتكه بجميع الدين وان شاء جعله
بالدين وان كانت قيمته اقل من وزنه فهلك فعند ابي حنيفة يصير مستوفيا
لدينه اعتبارا للوزن وعندهما يضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه ويكون
رهنا لان في استيفائه ضررا بالمرتهن وان انكسر ضمنه قيمته من خلاف
جنسه وملك المضمون وجعل الضمان رهنا بالاتفاق وان شاء افتكه بجميع
الدين وليس له ان يجعله بالدين بالاتفاق اما عندهما فظاهر وكذا عند محمد
لان المرتهن يتضرر به كما في حالة الهلاك وان كانت قيمته اكثر من وزنه
فهلك صار مستوفيا لدينه بالاجماع اعتبارا للوزن عنده وصرفا للامانة
الى الجودة والمضمون الى الوزن عند محمد وعند ابي يوسف وان كان يصرف
الضمان والامانة الى الوزن والجودة لكن صار مستوفيا بقدر المضمون
منها والباقي منها امانة وان انكسر ضمن جميع قيمته من خلاف جنسه
عند ابي حنيفة لان وزنه كله مضمون وهو المعتبر عنده وجعل الضمان رهنا
وملك المرتهن المنكسر وان شاء افتكه بجميع الدين وعند ابي يوسف يضمن المرتهن
بقدر المضمون منه والباقي امانة حتى اذا كان يساوي خمسة عشر والدين عشرة
يضمن ثلثيه وهو عشرة فيملك المرتهن ثلثي العين وثلث العين
امانة ويكون رهنا مع الضمان وتفصل كيلا يكون الرهن مشاعا وان شاء
افتكه بجميع الدين وليس له ان يجعله بالدين وعند محمد ان شاء جعله بالدين
كما في حالة الهلاك وان شاء افتكه بجميع الدين والقسم الثاني وهو ما
اذا كان وزنه اقل من الدين بان رهن بعشرة قلبا وزنه ثمانية فهذا نوع
على خمسة اوجه اما ان يكون قيمته مثل وزنه ثمانية او اقل او اكثر من
وزنه واقل من الدين تسعة او مثل الدين عشرة او اكثر من الدين خمسة
عشر فعند الهلاك يصير مستوفيا لدينه بقدر وزنه في الوجوه كلها عند
ابي حنيفة فذهب ثمانية من دينه ويرجع بدرهمين على الراهن لان العبرة
عنده للوزن دون الجودة والصياغة وعند الانكسار يضمن المرتهن جميع
قيمته على وجه لا يكون ربا فيكون الضمان رهنا ويملك المرتهن المنكسر
لان العبرة للوزن عنده على ما بينا ووزنه جميعه مضمون فيضمن قيمته
بالغة ما بلغت ولو بلغت الوفا وان شاء افتكه بالدين كله ولا شيء له

عليه

عليه لانه لا اعتبار للجودة عنده وعندهما ان كانت قيمته مثل وزنه
فهلك ذهب من الدين بقدر وزنه اذ لا ضرر عليهما فيه ويرجع المرتهن بالفضل
على الراهن وان انكسر خير الراهن بين التضمين والافتكاك عند ابي يوسف
وعند محمد يخير بين تركه بالدين بقدره وبين الافتكاك وان كانت قيمته
اقل من وزنه فعند الهلاك يضمن قيمته ويكون رهنا عنده ولا يجعل بالدين
لان فيه ضررا على المرتهن ان ذهب من الدين قدر وزنه وان ذهب قدر
قيمته يلزم الربا الا اذا رضي المرتهن بذهاب حقه قدر وزن الرهن لان
الحق له وان انكسر خير الراهن بين ان يفتكه بجميع الدين وبين ان يضمنه
قيمته من خلاف جنسه او من جنسه رديا ويكون رهنا عنده وليس له ان
يجعله بالدين عند محمد لما فيه من الاضرار بالمرتهن كما في حالة الهلاك الا
برضا المرتهن وان كانت قيمته اكثر من وزنه واقل من الدين تسعة فعند
الهلاك خير الراهن ان شاء افتكه وان شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه
او من جنسه جيدا قيمته مثل قيمة الرهن فيكون رهنا عنده لانه لو ذهب
من الدين بقدر وزنه يتضرر الراهن وان ذهب بقدر قيمته لزم الربا فيعتبر
ما ذكرنا وان انكسر خير الراهن بين الافتكاك وبين تضمين المرتهن ثم
يكون الضمان رهنا عنده وكذا اذا كانت قيمته مثل الدين عشرة لما
بينا من مذهبهما وان كانت قيمته اكثر من الدين خمسة عشر فان هلك غرم
المرتهن ثلثيه عند ابي يوسف ورجع بدينه ويملكه المرتهن وثلثه على ملك
الراهن فيفصل ويكون رهنا مع الضمان لان الجودة والصياغة معتبرة
عنده كالعين وكذا ان انكسر عنده لما بينا وعند محمد اذا هلك
ضمن قدر الدين من قيمته من خلاف جنسه فيكون رهنا عنده وان انكسر
ينظر ان نقص بالانكسار قدر الزيادة على الدين فلا ضمان على المرتهن لان
الزايد امانة عنده على ما بينا من اصله وان كان النقصان اكثر من
الزايد على الدين خير الراهن من افتكاكه بجميع الدين وبين تضمين المرتهن
قدر الدين من قيمته من خلاف جنسه ويكون رهنا عنده والقسم الثالث
وهو ما اذا كان وزنه اكثر من الدين بان رهن قلب فضة وزنه خمسة
عشر بعشرة دراهم نوع على خمسة اوجه اما ان كانت قيمته مثل وزنه
او اكثر من وزنه او اقل من وزنه واكثر من الدين او مثل الدين او اقل
من الدين فان هلك ذهب بالدين ثلثاه مضمونا وثلثه امانة عند
ابي حنيفة رحمه الله كيف ما كانت قيمته لانه لا يعتبر عند الهلاك
الا الوزن وان انكسر فهو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين في الصور

كلها وإن شاء ضمنه ثلثي قيمته بالغا ما بلغ لأنه لا يعتبر إلا الوزن فإن كان
وزنه كله مضمونا ضمن جميع قيمته وإن كان بعضه فبعضه ويكون الضمان
رهنا ويملك المرتهن قدر ما ضمن من الرهن وهو الثلثان والثلث أمانة
يبقى على ملك الراهن ويكون رهنا مع الضمان وينفصل كيلا يلزم رهن الشائع
وعندهما إن كانت قيمته مثل وزنه فعند الهلاك يذهب بالدين ثلثه
أمانة وثلثاه مضمونا وإن انكسر فعند أبي يوسف خير الراهن إن شاء افتكه
بجميع الدين وإن شاء ضمنه ثلثي قيمته ويكون رهنا مع الباقي على الوجه الذي
ذكرنا لأبي حنيفة وعند محمد إن شاء جعل ثلثيه بالدين وأخذ ثلثه وإن شاء
افتكه بجميع الدين لما عرف من أصله وإن كانت قيمته أكثر من وزنه عشرين
فإن هلك ذهب بالدين مضمونا وأمانة وإن انكسر فعند أبي يوسف إن
شاء افتكه بالدين وإن شاء ضمنه قدر الدين والباقي أمانة يكون رهنا
مع الضمان وينفصل لما بينا ويملك المرتهن المضمون وعند محمد إن نقص للانكسار
قدر الزائد على الوزن أو أقل لا يعتبر النقصان لأن الأمانة تصرف إليه
عنده فيجبر على الفكاك وإن زاد النقصان على ذلك حتى صارت قيمته
أقل من وزنه خير الراهن إن شاء ترك ثلثيه بالدين وأخذ الثلث وإن شاء
افتكه بالدين وليس له أن يضمنه لما عرف من مذهبه وإن كانت قيمته أقل من
وزنه وأكثر من الدين اثني عشر فإن هلك يضمن المرتهن قدر الدين وهو خمسة
أسداس قيمة القلب لأن العبرة عندهما للوزن والقيمة جميعا وبالوزن
والقيمة وفاء بالدين وزيادة والمضمون في الرهن عشرة والباقي أمانة
وإن انكسر ضمنه بحصته وهو عشرة أجزاء من اثني عشر جزءا منه لأن المضمون منه
خمسة أسداسه باعتبار القيمة لا باعتبار الوزن لأنها معتبرة عندهما
وإن كانت قيمته مثل الدين إن هلك ضمن المرتهن جميع قيمته لتعذر جعله
مستوفيا باعتبار الوزن أو القيمة وقال في المحيط ضمن المرتهن بتخيير
لأن القيمة معتبرة عندهما مع الوزن ولا وفاء بالقيمة بقدر المضمون
من الرهن وهي عشرة لأن قيمة العشرة من الرهن أقل من عشرة الدين
فيتخير إن شاء جعله هالكا بما فيه وإن شاء ضمنه عشرة من خلاف جنسه
ويكون رهنا عنده ودينه على حاله نفيا للضرر عن نفسه وإن انكسر
ضمن قيمته لأن القيمة معتبرة مع الوزن عندهما وقيمته عشرة فيترك جميع
القلب عليه بعشرة وإذا كانت قيمته أقل من وزنه ثمانية إن هلك ضمن
قيمته ورجع بدينه لأن القيمة ههنا معتبرة مع الوزن عندهما وإن وجد الوفا
في الوزن لم يوجد في القيمة فيتخير وله أن يضمن قيمة القلب ثمانية

ويكون

ويكون رهنا عنده وإن انكسر ضمن جميع قيمته لما عرف **قال** ومن باع عبدا
على أن يرهنه المشتري بالثمن شيئا بعينه فامتنع لم يجبر وللبائع فسخ البيع إلا
أن يدفع المشتري الثمن حالا أو قيمة الرهن رهنا وهذا استحسان والقياس
أن لا يجوز هذا البيع بهذا الشرط وعلى هذا القياس والاستحسان إذا باعه
شيئا على أن يعطيه كفيلا حاضرا في المجلس فقبل الكفيل لأنه شرط لا يقتضيه
العقد وفيه منفعة لأحدهما ومثله مفسد للبيع ولأنه صفقة في صفقة
وهو منهي عنه وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد لأن الرهن للاستيثاق
وكذا الكفالة والاستيثاق يلائم العقد فإذا كان الكفيل حاضرا في المجلس
وقبل اعتبرنا فيه المعنى وهو الملاءمة فصح العقد وإذا لم يكن الرهن ولا
الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة
والرهن للجهالة فكان الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان الكفيل غائبا فحضر
في المجلس وقبل صح وكذا لو لم يكن الرهن معينا فاتفقا على تعيين الرهن
في المجلس أو نقد المشتري الثمن حالا جاز البيع وبعد المجلس لا يجوز وقوله
فامتنع لم يجبر أي امتنع المشتري من تسليم الرهن لم يجبر على تسليمه وقال زفر
يجبر لأنه صار بالشرط حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في عقد الرهن
قلنا عقد الرهن تبرع ولا جبر على المتبرع كالواهب غير أن البائع بالخيار
إن شاء رضي بترك الرهن وإن شاء فسخ البيع لأنه وصف مرغوب فيه وفواته
يوجب الخيار كسلامة المبيع عن العيب في البيع إلا أن يدفع المشتري الثمن
حالا لحصول المقصود أو يدفع قيمة الرهن رهنا لأن المقصود من الرهن
المشروط تحصيل بقيمته **قال** وإن قال للبائع أمسك هذا الثوب حتى
أعطيك الثمن فهو رهن وقال زفر لا يكون رهنا ومثله عن أبي يوسف
لأن قوله أمسك يحتمل الرهن ويحتمل الإيداع والثاني أقلهما فيقضى بثبوته
بخلاف ما إذا قال أمسكه بدينك أو بمالك علي لأنه لما قابله بالدين
فقد عين جهة الرهن قلنا إنه أتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس
إلى إيفاء الثمن والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة
الأصيل حوالة والحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة ألا ترى أنه لو قال
ملكتك هذا بكذا يكون بيعا للتصريح بموجب البيع كأنه قال له بعتك
بكذا ولا فرق بين أن يكون ذلك الثوب هو المشترى أو لم يكن بعد أن
كان بعد القبض لأن المبيع بعد القبض يصلح أن يكون رهنا بثمنه حتى
يثبت فيه حكم الرهن بخلاف ما إذا كان قبل القبض لأنه محبوس بالثمن وضمانه
يخالف ضمان الرهن فلا يكون مضمونا بضمانين مختلفين لاستحالة اجتماعهما

حتى لو قال له امسك المبيع حتى اعطيك الثمن قبل القبض فهلك انفسخ البيع
ولو كان المبيع شيئا يفسد بالمكث كاللحم والجمد فابطأ المشتري وخاف البايع
عليه التلف جاز للبايع ان يبيعه ووسع المشتري ان يشتريه ويتصدق
البايع بالزايد ان باعه باكثر من الثمن لان فيه شبهة **قال** ولو رهن عبدين
بالف لا ياخذ احدهما بقضاء حصته كالمبيع لان المجموع محبوس بكل الدين
فيكون الجميع محبوسا بكل جزء من اجزاء الدين تحصيلا للمقصود وهو المبالغة
في الحمل على الايفا فصار كالمبيع في يد البايع وهو المراد بقوله كالمبيع في
يد البايع فان سمى لكل واحد منهما شيئا من الدين الذي رهنه به فكذلك
الجواب في رواية الاصل لان العقد متحد فلا يتفرق بالتسمية كالبيع وفي
الزيادات له ان يقبض احدهما اذا ادى ما سمى له لان التفريق ثبت
في الرهن بتسمية حصة كل واحد منهما لان قبول العقد في احدهما لا يكون
شرطا لصحة العقد في الاخر حتى اذا قبل في احدهما صح فيه بخلاف البيع
لان العقد فيه لا يتعدد بتفصيل الثمن ولهذا لو قبل البيع في احدهما
دون الاخر بطل البيع في الكل لان البايع يتضرر بتفرق الصفقة عليه
لما ان العادة قد جرت بضم الردي الى الجيد في البيع فيلحقه الضرر
بالتفريق ولا كذلك الرهن لان الراهن لا يتضرر بالتفريق ولهذا لا
يبطل به وهذه الرواية هي الاصح **قال** ولو رهن عينا عند رجلين صح
سواء كانا شريكين في الدين او لم يكونا شريكين فيه ويكون جميع العين
رهنا عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف الى كل العين في صفقة واحدة
ولا يكون شايعا باعتبار تعدد المستحق لان موجبه جعله محبوسا بالدين
وهو لا يقبل الوصف بالتجزي فصار كله محبوسا بدين كل واحد منهما
اذ لا تضايق في استحقاق الحبس ولهذا الرهن لا ينقسم على اجزاء الدين
بل يكون كله محبوسا بكل الدين وبكل جزء من اجزايه فكذا ههنا يكون
محبوسا بدينهما وبدين كل واحد منهما على الانفراد وبكل جزء من اجزاء دينهما فلا
شيوع بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند ابي حنيفة لان العين
ينقسم عليهما لاستحالة ثبوت الملك لكل واحد منهما في الكل فثبت الشيوع
ضرورة فان تهايا فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الاخر
هذا اذا كان مما لا يتجزى فظاهر وان كان مما يتجزى وجب ان يحبس
كل واحد منهما النصف فان دفع احدهما كله الى الاخر وجب ان يضمن الدافع
عند ابي حنيفة خلافا لهما واصل المسألة الوديعة فيما اذا اودع عند
رجلين شيئا يقبل القسمة فدفع احدهما كله الى الاخر فان الدافع يضمن

عنده خلافا لهما **قال** والمضمون على كل حصة دينه لان كل واحد
منهما يصير مستوفيا بالهلاك اذ ليس احدهما باولى من الاخر فيقسم عليهما
لان الاستيفا مما يقبل التجزي **قال** فان قضى دين احدهما فالكل رهن
عند الاخر لان كله محبوس بكل جزء من اجزاء الدين فلا يكون له استرداد شي
منه ما دام شي من الدين باقيا كما اذا كان المرتهن واحدا وكالمبيع اذا
ادى احد المشتريين حصته او مشتري واحد ادى حصة بعض المبيع واذا
رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جايز والرهن
رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لان قبض الرهن
يحصل في الكل من غير شيوع فصار هو نظير البايع وهما نظير المشتريين
قال وبطل بينة كل واحد منهما على رجل انه رهنه عبده وقبضه
معناه ان رجلا في يده عبد فاقام رجلان بينة انه رهنه العبد الذي
في يده فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت ببينته انه رهنه كل العبد
فلا يتصور ذلك لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا لهذا
وكله رهنا لذلك في حالة واحدة فيمتنع القضا به لاحدهما لعدم
الاولوية ولا وجه الى القضا بالنصف لانه يودي الى الشيوع فتعذر
العمل بالبينتين فتهاترتا ولا يمكن ان يعد كانهما ارتهنا معا استحسانا
لجهالة التاريخ لان ذلك يودي الى العمل بخلاف ما اقتضته الحجة
لان كلا منهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى تملك كل العبد بالاستيفا
وبالقضا اثبت حبس يكون وسيلة الى تملك شطره بالاستيفا فلا يكون
عملا على وفق الحجة وكان العمل بالقياس اولى لقوة اثره المستتر وهو ان
كل واحد منهما يثبت الحق ببينته على حدة ولم يرض بمزاحمة الاخر بخلاف
ما اذا ارتهنا جملة لان العقد فيه من جانب الراهن واحد وهنا يثبت
كل واحد منهما عقدا اخر والرهن بعقدين مختلفين لا يجوز وبخلاف
ما لو كان ذلك بعد موت الراهن على ما يبين من الفرق فاذا وقع باطلا
فاذا هلك يهلك امانة لان الباطل لا حكم له هذا اذا لم يورخا فان
ارخا كان صاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبته في وقت لا ينازعه فيه
احد وكذا اذا كان الرهن في يد احدهما كان صاحب اليد اولى لان تمكنه
من القبض دليل على سبقه كدعوى نكاح امراة او شرا عين من واحد **قال**
رحمه الله ولو مات راهنه والعبد في ايديهما فبرهن كل على ما وصفنا كان
في يد كل واحد منهما نصفه رهنا بحقه وهذا استحسان وهو قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف رحمه الله لان

المقصود من الرهن الحبس للاستيفا وهو الحكم الاصلي لعقد الرهن فيكون الحكم
به حكما بعقد الرهن اذ لا يثبت الحكم بدون علته وانه باطل للشيوع كما في حالة
الحياة وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه
في حالة الحياة الحبس والشايع لا يقبله وبعدها الاستيفا بالبيع من
ثمنه والشايع يقبله فصار كما اذا ادعى رجلان نكاح امراة او ادعت
اختان او خمس نسوة النكاح على رجل فان البينتين تهاترتا لو ادعت
في حالة الحياة وقبلناها بعد الممات لان حكمها في حالة الحيوة ثبوت
ملك النكاح وهو لا يقبل الانقسام ولا التجزية وبعد الممات ثبوت ملك
المال بالارث وهو يقبل الشركة والانقسام وقوله والعبد في ايديهما
وقع اتفاقا حتى لو لم يكن العبد في ايديهما واثبت كل واحد منهما الرهن والقبض
كان الحكم كذلك ولهذا لم يذكرا اليد في المسئلة الاولى والله اعلم بالصواب

باب الرهن يوضع على يد عدل

قال رحمه الله وصح وضع الرهن في يد عدل وقال زفر وابن ابي ليلى لا
يصح لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع عليه اذا استحق الرهن بعد الهلاك
وبعد ما ضمن العدل قيمته بما ضمن للمستحق فانعدم القبض ولنا ان يده يد
المالك في الحفظ لكون العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده
يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة شخصين ليتحقق ما قصداه
لان كلا منهما امين فصارت يده كيدهما ولهذا لا يكون لاحدهما ان ياخذ
منه على الخصوص ولو كانت يده يد احدهما على الخصوص كان له ان يسترده
منه ويجوز ان يجعل اليد الواحدة في حكم يدين الا ترى ان الساعي يده جعلت
كيد الفقير وكيد صاحب المال حتى اذا هلكت الزكاة في يده اجزاته ولو
قدموا الزكاة قبل الحول فانتقص المال وتم الحول على الناقص يتم النصاب
بما في يد الساعي كانه في يد المالك فيجب عليه الزكاة ولا يملك استرداده
ولو لم يجعل كانه في يد المالك لم يتم به النصاب ولو لم يجعل يده كيد الفقير
لملك المالك استرداده وانما يرجع العدل على المالك بما ضمن للمستحق لان
هذا الضمان ضمان الغصب وذلك يتحقق بالنقل والتحويل ووجد
ذلك من العدل والراهن ولم يوجد من المرتهن فلا يجب عليه بخلاف
ما اذا اتفق البايع والمشتري على وضع المبيع في يد عدل حيث يكون يده
يد البايع لحبسه لان في جعله نايبا عن المشتري تغيير موجب العقد
لان موجب عقد البيع ان يكون يد البايع على المبيع يد نفسه في حق العين
والمالية جميعا لانه ليس بنايب عن المشتري بوجه ما ومتى قبضه المشتري

كانت

كانت يده يد نفسه ولا يكون يد البايع بوجه ما بل هي يد المشتري في حق
العين والمالية فاذا كان في جعله نايبا عنهما تغيير حكم البيع اعتبرناه
نايبا عن البايع لان اليد كانت له في الاصل ولا كذلك الرهن لان عينه
امانة في يده بل في يد المرتهن ايضا والمالية فيه هي المضمونة وهي حق
المرتهن فامكن ان يقوم شخص واحد مقامهما لاختلاف حقهما فيه وعدم تغيير
موجبه قال ولا ياخذه احدهما منه اي من يد العدل لانه تعلق به
حقهما لان حق الراهن تعلق في الحفظ بيده وامانته وحق المرتهن في الاستيفا
فلا يملك كل واحد منهما ابطال حق الاخر قال ويهلك في ضمان المرتهن لان
يده في حق المالية يد المرتهن والمالية هي المضمونة ولو دفع العدل الرهن
الى احدهما ضمن لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية
وكل منهما اجنبي عن الاخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي واذا ضمن العدل
قيمة الرهن بالتعدي فيه اما باتلافه او بدفعه الى احدهما واتلفه المدفوع
اليه لا يقدر العدل ان يجعل القيمة رهنا في يده لان القيمة واجبة فلو جعلها
رهنا في يده يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف ولكن ياخذانها منه ويجعلانها
رهنا عنده او عند غيره او يرفع احدهما الامر الى القاضي ليفعل ذلك فاذا
جعلا القيمة رهنا برايهما او براي القاضي عند العدل الاول او عند غيره
ثم قضى الراهن الدين فان كان العدل ضمن القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة
سالمة للعدل ياخذها ممن هي عنده ان كانت عند غيره او عنده لوصول
المرهون الى الراهن بالتسليم الاول اليه ووصول الدين الى المرتهن بدفع
الراهن اليه ولا يلزم منه اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد ولو اخذه
الراهن لاجتمعا في ملك واحد وان كان العدل ضمن الرهن بالدفع الى المرتهن
فالراهن ياخذ القيمة من العدل ان كانت عنده او من غيره ان كانت عند
غيره لان العين لو كانت قايمة اخذها ممن هو في يده اذا ادى الدين
فكذلك ياخذ ما قام مقامها ولا اجتماع فيه بين البدل والمبدل في ملك واحد
ثم هل للعدل ان يرجع على المرتهن بذلك ينظر ان كان دفعه اليه على وجه العارية
او على وجه الوديعة وهلك في يد المرتهن لا يرجع وان استهلكه المرتهن رجع
عليه لان العدل باداء الضمان ملك العين المرهونة وتبين انه اعار او
اودع ملك نفسه فلا يضمن المستعير والمودع الا بالتعدي وكذا اذا
دفعه اليه بحقه بان قال له خذه بحقك او احبسه بدينك لانه دفع اليه على
وجه الضمان قال فان وكل المرتهن او العدل او غيرهما ببيعه عند حلول
الدين صح لان الراهن مالك فله ان يوكل من شاء من الاهل ببيع ماله معلقا

ونحو ذلك لان الوكالة يجوز تعليقها بالشرط لكونها من الاسقاطات لان المانع
من التصرف حق المالك وبالتسليط على بيعه اسقط حقه والاسقاطات
يجوز تعليقها بالشروط ولو امر ببيعه صغيرا لا يعقل فباعه بعد ما بلغ
لا يصح عند ابي حنيفة وعندهما يصح لقدرته عليه وقت الامتثال هو يقول
ان الامر وقع باطلا لعدم القدرة وقت الامر فلا ينقلب جائزا
فان شرطت في عقد الرهن لم ينعزل بعزله ولا بموت الراهن والمرتهن لان
الوكالة لما شرطت في عقد الرهن صارت وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه
الا ترى انها لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به
حق المرتهن وفي العزل ابطال حقه وصار كالوكالة بالخصومة بطلب المدعي
ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع
بالنسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم باصله فكذا بوصفه وكذا لا ينعزل بالعزل
الحكمي بموت الموكل وارتداده ولحوقه بدار الحرب لان الرهن لا يبطل
بموته ولو بطل لما كان يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم عليه كما يتقدم
على حق الراهن بخلاف الوكالة المفردة حيث تبطل بالموت وينعزل بعزل
الموكل لما عرف في موضعه وهذه الوكالة تخالف المفردة من وجوه منها فيما
ذكرنا ومنها ان الوكيل هنا اذا امتنع من البيع يجبر عليه بخلاف الوكالة
المفردة ومنها انه هنا يبيع الولد والارش بخلاف المفردة ومنها انه اذا
باع بخلاف جنس الدين كان له ان يصرفه الى جنس الدين بخلاف المفردة
ومنها ان الرهن اذا كان عبدا وقتله عبد خطا فدفع القاتل بالجناية
كان لهذا الوكيل ان يبيعه بخلاف المفردة وانما لم ينعزل بعزل المرتهن لانه
لم يوكله فكان اجنبيا عنه بالنسبة الى الوكالة ولهذا اذا عزله الموكل لا
ينعزل بعزل غيره اولى ان لا ينعزل قال وللوكيل بيعه بغيبة ورثته
الراهن كما كان له حال حياته ان يبيعه بغير حضرته قال وتبطل بموت
الوكيل حتى لا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث
ولان الموكل رضي برايه لا براي غيره وعن ابي يوسف انه ان اوصى الوكيل
يملك بيعه لان الوكالة لازمة هنا فيملكه الوصي كالمضارب اذا مات
والمال عروض يملك وصي المضارب بيعها لما انه لازم بعد ما صار عروضا
قلنا الوكالة حق على الوكيل فلا يورث عنه لان الارث يجري في حق له لا في
حق عليه فوجب القول ببطلانها بخلاف المضاربة لانها حق المضارب فيورث
عنه فيقوم الورثة مقامه فيه ولان المضارب له ولاية التوكيل في حياته
فجاز ان يقوم وصيه مقامه بعد وفاته كالاب في مال الصغير والوكيل ليس

له

له حق التوكيل في حياته فلا يقوم غيره مقامه بعد موته ولو اوصى الى رجل ببيعه
لم يصح الا اذا كان مشروطا له في الوكالة فيصح لانه لازم بوصفه قال
ولا يبيعه المرتهن ولا الراهن الا برضا الآخر لان كل واحد منهما له حق فيه اما
الراهن فلملكه فلا بد من رضاه واما المرتهن فلانه احق بماليته من الراهن
فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال فان حل الاجل وغاب الراهن
اجبر الوكيل على بيعه كالوكيل بالخصومة من جهة المطلوب اذا غاب موكله
اجبر الوكيل على بيعه كالوكيل بالخصومة من جهة المطلوب اذا غاب موكله
اجبر عليهما لان الوكالة بالشرط في عقد الرهن صارت وصفا من اوصاف
الرهن فلزمت كلزومه ولان حق المرتهن تعلق بالبيع وفي الامتناع ابطال
حقه فيجبر عليه كما في الوكيل بالخصومة اذا غاب موكله والجامع بينهما
ان في الامتناع فيهما ابطال حقهما بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع
بنفسه وكيفية الاجبار ان يحبسه القاضي اياما ليبيع فان لج بعد الحبس
اياما فالقاضي يبيعه عليه وهذا على اصلهما ظاهر واما على اصل ابي حنيفة
فكذلك عند البعض لانه تعين جهة لقضاء الدين هنا ولان بيع الرهن
صار مستحقا للمرتهن بخلاف سائر المواضع وقيل لا يبيع القاضي عنده كما لا
يبيع مال المديون عنده لقضاء الدين ثم اذا اجبر على البيع وباع لا يفسد
هذا البيع بهذا الاجبار لان الاجبار وقع على قضاء الدين باي طريق شاء حتى
لو قضاه بغيره صح وانما البيع طريق من طرقه ولانه اجبار بحق ومثله لا يكون
مكرها فلا يفسد اختياره به ولو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن
وانما شرطاها بعده قيل لا يجبر لان التوكيل لم يصر وصفا من اوصاف الرهن
فكانت مفردة كسائر الوكالات وقيل يجبر كيلا يتوى حقه وهذا اصح وهو مروي
عن ابي يوسف ان الجواب في الفصلين واحد في انه يجبر على البيع نصا وذكر محمد
رحمه الله في الجامع الصغير والاصل الاجبار مطلقا من غير تفصيل بين ان يكون
الوكالة مشروطة في عقد الرهن او لم تكن مشروطة فيه تدل على ذلك ولو باع
العدل صح من ان يكون رهنا والثمن قائم مقامه فيكون رهنا مكانه
وان لم يقبضه بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا بجهة الرهن واذا توى
كان من مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون
وكذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه
من حيث المالية وان كان بدل الدم فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي
عقد الرهن فيه وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه قائم مقام الاول لحما
ودما فيكون رهنا مكانه قال واذا باعه العدل واوفى مرتهنه ثمنه

فاستحق الرهن وضمن فالعدل يضمن الراهن قيمته او المرتهن ثمنه وكشف هذا
ان المرهون المبيع اذا استحق فاما ان يكون هالكا او قائما ففي الوجه
الاول المستحق بالخيار ان شا ضمن الراهن لانه غاصب في حقه بالاخذ
والتسليم وان شا ضمن العدل لانه متعد مثله بالبيع والتسليم فصار
غاصبا بذلك فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضا لان الراهن
ملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الغصب فتبين انه امره ببيع ملكه
نفسه وان ضمن المستحق العدل وهو البايع نفذ البيع ايضا لان العدل ملكه
باداء الضمان ثم هو بالخيار ان شا رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته
عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة بالغرور من جهته ونفذ البيع لان
الراهن لما كان قرار الضمان عليه وضمنه ملك باداء الضمان فيتبين انه امره
ببيع ملكه فصح اقتضا المرتهن فلا يرجع على الراهن بدينه وان شا العدل
رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين ان الثمن اخذه بغير حق لان العدل
ملك العبد باداء الضمان واستقر ملكه فيه ولم ينتقل الى الراهن على تقدير
الا يرجع على الراهن بما ضمن ونفذ بيعه عليه لانه البايع فصار الثمن له
لانه بدل ملكه وانما اداه الى المرتهن على حسبان ان المبيع ملك الراهن فاذا
تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع به عليه وفي الوجه الثاني
وهو ما اذا كان قائما في يد المشتري فللمستحق ان ياخذه من يده لانه وجد
عين ماله ثم للمشتري ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فيتعلق به
حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما دفعه المشتري
اليه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم اذا ضمن العدل الثمن للمشتري كان بالخيار
ان شا رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي ادخله في هذه العهدة فيجب
عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن وسلم له المقبوض وبري
الراهن عن الدين وان شا العدل رجع على المرتهن لان البيع انتقض
بالاستحقاق فبطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب عليه رده ونقض قبضه
ضرورة فاذا دفعه الى العدل عاد حقه في الدين على الراهن كما كان فيرجع
به عليه ولو ان المشتري سلم الثمن نفسه الى المرتهن لم يرجع على العدل به
لان العدل في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض منه
شيا فبقي ضمان الثمن على المرتهن والدين على الراهن على حاله ولو كان
التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة
يرجع به على الراهن قبض المرتهن الثمن او لم يقبض لانه لم يتعلق بهذا التوكيل
حق المرتهن فلا يرجع عليه كما في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل

ودفع

ودفع الثمن الى من امره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع على المقتضي بخلاف الوكالة
المشروطة في العقد لانها تعلق بها حق المرتهن فيكون البيع لحقه هكذا ذكره الكرخي
رحمه الله وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع وقال شمس الايمة
السرخسي هو ظاهر الرواية لان رضا المرتهن بالرهن بدون التوكيل قد تم فكان
التوكيل مستانفا لا في ضمن عقد الرهن وكان منفصلا عنه صورة الا ان فخر
الاسلام وشيخ الاسلام قالا الاقوى ان يجبر هذا الوكيل اصح لاطلاق
محمد رحمه الله في الجامع الصغير والاصل على ما بينا فتكون الوكالة غير
المشروطة في العقد كالمشروطة فيه في حق جميع ما ذكرنا من الاحكام هنالك
قال وان مات الرهن عند المرتهن فاستحق وضمن الراهن قيمته مات
بالدين وان ضمن المرتهن رجع على الراهن بالقيمة وبدينه والاصل فيه ان العبد
المرهون اذا هلك في يد المرتهن ثم استحقه رجل كان المستحق بالخيار ان شا
ضمن الراهن وان شا ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد في حقه الراهن بالاخذ
والتسليم والمرتهن بالقبض والتسلم فان ضمن الراهن صار المرتهن مستوفيا
لدينه بهلاك الرهن عنده لان الراهن ملكه باداء الضمان مستندا الى ما قبل التسليم
فتبين انه رهن ملك نفسه ثم صار المرتهن مستوفيا بهلاكه وان ضمن المرتهن
يرجع بما ضمن من القيمة وبدينه على الراهن اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة
الراهن واما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل
لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت
لمن عليه قرار الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق
الراهن ابتدا قلنا هذا طعن ابي حازم القاضي رحمه الله والجواب عنه ان
المرتهن يرجع على الراهن بسبب الغرور والغرور حصل بالتسليم الى المرتهن
فيملك الراهن العين من ذلك الوقت وعقد الرهن كان سابقا عليه فلم
يتبين انه رهن ملك نفسه بل ملك غيره فلا يكون المرتهن مستوفيا لملك
الغير ولان الراهن يملكه بالرهن بالتلقي من المرتهن لان المرتهن اولا يملكه
باداء الضمان ثم ينتقل الى الراهن كما في الوكيل بالشرا اذا كان المرتهن اشتراه
من المستحق ثم باعه من الراهن وانما كان كذلك لان المرتهن غاصب في حق
المستحق فاذا ضمن تملك المضمون ضرورة كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد
ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن ينتقل اليه من جهته والمرتهن متعد
بالقبض لانه صار غاصبا فيستند ملكه اليه ثم الراهن يتلقاه منه فيكون
ملكه متاخرا وعقد الرهن سابق عليه فتبين انه رهن ملك غيره فلا يكون
المرتهن مستوفيا بالهلاك بخلاف المسئلة الاولى وهي ما اذا ضمن المستحق

الراهن ابتداء لأنه يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك
إليه فيتبين أنه رهن ملك نفسه فيكون المرتهن مستوفيا بهلاكه

باب التصرف في الرهن والجناية عليه والجناية على غيره

قال رحمه الله ويوقف بيع الراهن على إجازة مرتهنه
أو قضاء دينه وعن أبي يوسف أنه ينفذ لأنه تصرف في ملكه فصار كالإعتاق
والصحيح ظاهر الرواية لأن الرهن تعلق به حق المرتهن وفي البيع إبطال
حقه فلا ينفذ إلا بإجازته أو رضاه أو بقضاء الراهن دينه لزوال المانع وهو
تعلق حق المرتهن به وعدم القدرة على تسليمه وكونه متصرفا في ملكه لا يمنع
التوقف لحق غيره كمن باع ماله لوارثه أو أوصى له به أو لغيره بأكثر من الثلث
والقياس على الإعتاق غير جائز لأنه لا يقبل الرد ولا الفسخ فكذا الموقوف
لحق غيره كمن باع ماله لوارثه أو أوصى له به أو لغيره بأكثر من الثلث والقياس
على الإعتاق غير جائز لأنه لا يقبل الرد ولا الفسخ فكذا التوقف فإذا
نفذ البيع بإجازة المرتهن انتقل حقه إلى الثمن فيكون محبوسا بالدين
وعن أبي يوسف أن المرتهن إن شرط أن يكون الثمن رهنا عند الإجازة
كان رهنا وإلا فلا لأنه بالإجازة نفذ البيع وملك الراهن الثمن وهذا
عقد وإنما ملكه بسبب جديد فلا يصير رهنا إلا بالشرط كما إذا
أجر الراهن وأجاز المرتهن الإجارة رهنا إلا بالشرط ووجه ظاهر
الرواية وهو الصحيح أن الثمن قائم مقام ما تعلق به حقه ومحل حقه
لأن حقه متعلق بالمالية وللبدل حكم المبدل فوجب انتقال حقه إليه
كالعبد المديون إذا بيع برضا برضا الغرماء ينتقل حقهم إلى البدل من غير
شرط لما ذكرنا ولا يسقط حقهم بالكلية لعدم رضاهم بذلك ظاهرا والرضا
بالبيع لا يدل على الرضا بسقوط الحق رأسا فيبقى الحق على حاله بخلاف
ما ذكره فإن الأجرة ليست ببدل حقه لأن حقه في العين وهي بدل
المنفعة فلا ينتقل حقه إليها وبخلاف ما إذا باع المالك العين المستأجرة
فأجاز المستأجر البيع حيث لا ينتقل حقه إلى الثمن لأنه بدل العين
وحقه في المنفعة فافترقا وإن لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في
رواية ابن سماعة عن محمد حتى إذا افتكه الراهن لا سبيل للمشتري
عليه لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك فله أن يجيزه
وله أن يفسخ وفي أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه وفي المختصر ههنا
إشارة إليه حيث قال ويوقف على إجازة مرتهنه أو قضاء دينه جعل
الإجازة إليه دون الفسخ وجعله متوقفا على قضاء الدين وهذا دليل

على أن فسخه لا ينفذ ووجهه أن الامتناع لحقه كي لا يتضرر والتوقف لا يضره
لأن حقه في الحبس لا يبطل بمجرد الانعقاد من غير نفوذ فبقي متوقفا والمشتري
بالخيار إن شاء صبر حتى يفتكه الراهن الرهن إذا عجز على شرف الزوال وإن
شاء رفع الأمر إلى القاضي وللقاضي أن يفسخ العقد لفوات القدرة على
التسليم لأن ولاية الفسخ له لا إلى المشتري والبائع وهو الراهن وصار
كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض فإن المشتري بالخيار إن شاء صبر حتى
يرجع وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي والإجارة مثل الرهن حتى لا ينفذ بيع
المؤجر ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه من آخر قبل أن يجيز المرتهن فالثاني
موقوف أيضا على إجازته لأن الأول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف
الثاني فأيهما أجاز لزم ذلك وبطل الآخر ولو باعه الراهن ثم أجره
أو رهنه أو وهبه من غيره فأجاز المرتهن الإجارة أو الرهن أو الهبة جاز
البيع الأول دون هذه العقود والفرق أن المرتهن له منفعة في البيع لأن
حقه يتحول إلى الثمن على ما بينا وقد يكون أحد البيعين أنفع من الآخر فيعتبر
تعيينه لتعلق الفائدة به أما هذه العقود فلا منفعة له فيها لأن حقه
لا ينتقل إلى الأجرة لما بينا ولا بدل له في الرهن والهبة فكانت إجازته
إسقاطا لحقه فزال المانع فينفذ البيع كما لو باع المؤجر العين المستأجرة
من اثنين على التعاقب فأجاز المستأجر البيع الثاني نفذ الأول لأنه لا
نفع له في البيع إذ لا ينتقل حقه إلى البدل على ما بينا فكان إجازته
إسقاطا لحقه فينفذ الأول لزوال المانع قال ونفذ عتقه أي نفذ
إعتاق الراهن وهو أحد قولي الشافعي وفي قول له لا ينفذ إذا كان
المعتق معسرا وفي قول آخر لا ينفذ إعتاقه سواء كان المعتق موسرا
أو معسرا لأن في تنفيذه إبطال حق المرتهن فكان مردودا كالبيع بل
أولى لأن البيع أسرع نفاذا من العتق حتى ينفذ من المكاتب دون الإعتاق
فكان أولى بالامتناع بخلاف إعتاق المستأجر لأن الإجارة ينفي مدتها
إذا لم يتصل بها ولا يقبل الرهن وبخلاف ما إذا كان المعتق موسرا على
تلك الرواية لأنه لا يبطل حقه في التضمين ولنا أن العتق صدر من
أهله مضافا إلى محله وهو ملكه فوجب القول بنفاذه ولا يلغو تصرفه
لعدم إذن المرتهن كما إذا أعتق المشتري المبيع قبل القبض أو الآبق
أو المغصوب ثم إذا زال ملك الراهن في الرقبة بإعتاقه يزول ملك اليد
للمرتهن بناء عليه كإعتاق العبد المشترك بل أولى لأن ملك الرقبة أقوى
من ملك اليد فإذا لم يمنع الأعلى فالأدنى أولى أن لا يمنع ولا يصح القياس على

البيع لان امتناعه لعدم القدرة على التسليم وهو ليس بشرط في العتق ولان
القياس لتعدية حكم الاصل الى الفرع دون تغيير وحكم الاصل هنا وقف
ما يحتمل الرد قبل تمامه ويحتمل الفسخ بعد تمامه وهو في الفرع ابطال اصلا
ما لا يحتمل الفسخ ولا الرد فيفسد القياس ولا يلزمنا اعتاق الوارث العبد
الموصى برقبته اذا لم يكن له مال اخر فانه اعتق ملكه لانا نقول يعتق عند
ابي يوسف ومحمد في الحال وعند ابي حنيفة يؤخر الى اداء السعاية على ما عرف في
اعتاق العبد المشترك فلم يكن اعتاقه لغوا وهو هنا جعله لغوا ولا
يقال المرهون كالخارج عن ملك الراهن بدليل ان المولى اذا اتلفه يجب
عليه ضمانه فكذا لا ينفذ عتقه كانه خرج عن ملكه لانا نقول وجوب الضمان
عليه لا باعتبار انه كالخارج عن ملكه بل باعتبار انه اتلف المالية المشغولة
بحق المرتهن كالمولى يتلف عبده المأذون له المديون فانه يضمن قيمته للغرما
مع بقاء ملكه فيه من كل وجه ولهذا ينفذ تصرفاته فيه ونفاذ البيع من المكاتب
باعتبار انه مندوب الى التجارة كالعبد المأذون له لا لانه مالك وعدم
نفاذ عتقه لعدم الملك **قال** وطولب بدينه لو حالا اي اذا كان الدين
حالا طولب الراهن بعد العتق بالدين معناه اذا كان موسرا لانه لو
طولب بالرهن كان له ان يأخذه بدينه اذا كان من جنس حقه فيكون ايفا
واستيفا فلا فائدة فيه **قال** ولو مؤجلا اخذ منه قيمة العبد وجعلت
رهنا مكانه اي لو كان الدين مؤجلا يؤخذ من المعتق قيمة العبد ويجعل
رهنا مكان العبد يعني اذا كان موسرا لانه سبب الضمان قد تحقق منه وفي
التضمين فائدة حصول الاستيثاق من الوجه الذي بيناه فيحبسها الى حلول
الاجل فاذا حل اقتضاه بحقه اذا كان من جنسه لان الغريم له ان يستوفي
حقه من مال غريمه اذا ظفر بجنس حقه وان كان فيه فضل رده لانتهاء حكم
الرهن بالاستيفا وان اقل من حقه رجع عليه بالزيادة لعدم ما يسقطه
قال ولو معسرا سعى العبد في الاقل من قيمته ومن الدين لان حق
المرتهن كان متعلقا به وسلمت له رقبته فاذا تعذر الرجوع على المعتق
لعسرته رجع عليه لانه هو المنتفع بهذا العتق كما في عتق احد الشريكين
العبد المشترك اذ الضمان بالخراج والغرم بالغنم ثم يقضي بالسعاية الدين
ان كان من جنس حقه وان كان الدين حالا وان لم يكن من جنس حقه صرف بجنسه
فيقضي به الدين وان كان الدين مؤجلا كانت السعاية رهنا عنده فاذا
حل الدين قضى به الدين على نحو ما ذكرنا في الحال وكيفية ذلك ان ينظر الى
قيمة العبد يوم العتق والى قيمته يوم الرهن والى الدين فيستسعى

في

في الاقل منها **قال** ويرجع به على سيده اي يرجع العبد بالسعاية على مولاه
اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فلم يكن متبرعا فيرجع عليه
بما تحمل عنه قضاء وكفيل الدين بخلاف المستسعى في الاعتاق لانه ادى ضمانا
واجبا عليه لانه يسعى لتحصيل العتق عند ابي حنيفة ولتكميله عندهما وهنا
يسعى في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فافترقا ولان حق المرتهن في
استيفا الدين من الرقبة كان ثابتا فاذا حصلت الرقبة للعبد ولم
يقدر على اخذ بدلها من الراهن ضمنا العبد كالمريض اذا اعتق عبده في
مرضه وعليه دين ولا مال له غيره يسعى العبد في قيمته كذا هذا ثم ابو
حنيفة اوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والاعسار
وفي العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وان ثبت
للشريك حقيقة الملك وحق الملك ادنى من حقيقة الملك فاوجبنا السعاية
فيه في حالة واحدة وهي حالة الضرورة وفي الاعلى في الحالتين اظهارا
للتفاوت بينهما بخلاف البيع اذا اعتقه المشتري قبل القبض حيث لا
يسعى للبايع في الرواية الظاهرة وفي المرهون يسعى لان حق البايع في
الحبس ضعيف لان البايع لا يملكه في الاخرة ولا يستوفي من عينه وكذا
يبطل حقه في الحبس بالاعارة من المشتري والمرتهن يملك حقه ملكا
ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى يمكن من الاسترداد فلو اوجبنا
السعاية فيهما لسوينا بين الحقين مع وجود الفارق وذلك لا يجوز ولو اقر
المولى برهن عبده بان قال له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه
تجب السعاية عندنا خلافا لزفر هو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول
اقر بتعلق الحق في حالة تملك التعلق به باداء السعاية لقيام ملكه فيصح
بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية ولو دبره الراهن صح بالاتفاق
اما عندنا فظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع ما هو حكم الرهن عنده
وهو البيع وكذا لو استولدها صح الاستيلاد بالاتفاق لان الاستيلاد
يثبت بثبوت حق الملك كما في جارية الابن وبحقيقة الملك اولى ثم اذا صحا
خرجا عن الرهن لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفا الدين منهما ثم ان كان
الراهن موسرا ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكرنا في الاعتاق وان كان
معسرا استسعاهما المرتهن في جميع الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق
حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حق نفسه ولم يحتبس
عنده الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا يلزمه
الزيادة ولا يرجعان على المولى بما اديا بعد يساره لانهما اديا

من ملك المولى والمعتق يرجع لانه ادى من ملك نفسه وهو مضطر فيه على ما مر
وقيل اذا كان مؤجلا يسعيان في قيمتهما فقط لانه عوض الرهن حتى يحبس
مكانه فيتقدر بقدر المعوض الا ترى ان الراهن يضمنه اذا كان موسرا لا
يضمن فيما اذا كان مؤجلا اكثر من قيمته بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضي
به الدين لان كسبهما ملك المولى وقد قدر على اداء الدين بكسبهما ولو كان قادرا
على ادائه بمال آخر امر بقضائه به كله منه فكذا اذا قدر بكسبهما ولو اعتقهما
الراهن لم يسعيا الا بقدر القيمة سواء اعتقهما بعد القضاء عليهما او قبله
لان كسبهما بعد العتق ملكهما وما اديا قبل العتق لا يرجعان به على
المولى لانه مال المولى ولو اقر على عبده بدين الاستهلاك وهو ينكره سعى في
قيمته منذ عتق لانه لا ولاية له الا على ماليته فيصح بقدر المالية ولو قتله
عبد قيمته مائة درهم ودفع به ثم اعتقه سعى في مائة لقيامه مقام الاول
قال واتلاف الراهن كاعتاقه اي اذا اتلف الراهن الرهن فهو
كما لو اعتقه حتى يجب عليه ضمان قيمته لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف
ثم الضمان يكون رهنا في يد المرتهن لقيامه مقام العين قال وان اتلفه
اجنبي فالمرتهن يضمنه قيمته وتكون رهنا عنده اي المرتهن هو الخصم في
تضمينه قيمته ثم تكون القيمة رهنا عنده لانه احق بعين الرهن حال قيامه
فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته
يوم هلك بالاستهلاك بخلاف ضمانه على المرتهن فانه يعتبر قيمته يوم القبض
حتى لو كانت قيمته يوم الاستهلاك خمسمائة ويوم الارتهان الفا غرم خمسمائة
خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة لان المعتبر في ضمان
الرهن يوم قبضه لانه به دخل في ضمانه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند
الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل ضمن قيمته لانه اتلف مال
الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل الاجل لان الضمان بدل العين فاخذ
حكمه ولو حل الدين والمضمون من جنس حقه استوفى المرتهن منه دينه ورد
الفضل على الراهن ان كان فيه فضل وان كان دينه اكثر من قيمته رجع بالفضل
وان نقصت القيمة بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم القبض
الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما
انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض وهو مضمون
بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته
يوم اتلف كذا ذكره صاحب الهداية وغيره وهو مشكل فان النقصان
بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين
خمس

خمسمائة سوى ما ضمن بالاتلاف وكيف يكون ما انتقص به كالهالك
حتى يسقط الدين بقدره وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر
في حق الاسقاط بمقابلته شيء من الدين قال وخرج من ضمانه باعارته
من راهنه اي باعارة المرتهن الرهن من الراهن يخرج من ضمان المرتهن لان
الضمان كان باعتبار قبضه وقد انتقض بالرد الى صاحبه فارتفع الضمان
لارتفاع القبض الموجب له ولا يكون مضمونا على صاحبه لان الاسترداد بادته
قال فلو هلك في يد الراهن هلك مجانا لارتفاع القبض الموجب
للضمان على ما بينا قال وبرجوعه عاد ضمانه اي برجوع الرهن الى يد
المرتهن عاد الضمان حتى يذهب الدين بهلاكه لعود القبض الموجب
للضمان وللمرتهن ان يسترده الى يده لان عقد الرهن باق الا في حكم
الضمان في تلك الحالة ولهذا لو مات الراهن قبل ان يسترده كان
المرتهن احق به من سائر غرمائه لان يد العارية ليست بلازمة
والضمان ليس من لوازم الرهن لانه قد ينفك عنه الا ترى ان ولد الرهن
رهن وليس بمضمون قال ولو اعاره احدهما اجنبيا باذن الآخر
سقط الضمان لما بينا قال ولكل ان يرده رهنا لان لكل واحد منهما
فيه حقا محترما اذ هو باق على الرهنية لبقاء عقد الرهن على ما بينا
بخلاف الاجارة والبيع والهبة من المرتهن او من اجنبي اذا باشرها احدهما
باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن ثم لا يعود الا بعقد مبتدأ ولو مات
الراهن قبل ان يرهنه ثانيا كان المرتهن اسوة للغرماء لان الرهن تعلق به
حق محترم لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن ولا كذلك العارية
لانها لم يتعلق بها حق لازم والايداع من احدهما باذن الآخر كالاعارة
لانه غير لازم كالعارية والرهن كالاجارة لانه لازم وبيع المرتهن الرهن
واجارته وهبته من الراهن كالاعارة لان هذه العقود لا تلزم
في حقه لان ملكه باق فيه فتبطل به هذه العقود ولو اذن الراهن
للمرتهن بالاستعمال او اعاره للعمل فهلك قبل ان يأخذ في العمل هلك
بالدين لبقاء عقد الرهن واليد والضمان وكذا اذا هلك بعد الفراغ
من العمل لارتفاع يد الامانة بالفراغ ولو هلك في حالة العمل هلك
امانة لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى
الضمان ولو اختلفا في وقت الهلاك فادعى المرتهن انه هلك حالة
العمل وادعى الراهن انه هلك في غير حالة العمل كان القول قول المرتهن
لانه منكر والبينة بينة الراهن لانه مدع قال واذا استعار ثوبا

لرهنه صح لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد
وهو قضاء الدين ثم له ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن
كما ينفصل في حق البائع زوالا لا ان البيع يزيل الملك دون اليد ثم يكون
رهنا بما رهنه به قليلا كان او كثيرا اذا اطلق ولم يقيد بشيء لان الاطلاق
يجب اعتباره خصوصا في العارية ولو عين قدرا وجنسا او بلدا فخالف
ضمن المعير المستعير او المرتهن اي لو عين المعير قدر ما يرهنه به او جنسه
او البلد الذي يرهنه فيه فخالف كان للمعير الخيار ان شاء ضمن المستعير
قيمته وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد في حقه فصار الراهن
كالغاصب والمرتهن كغاصب الغاصب وانما كان كذلك لان التقييد
مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما يتيسر اداؤه وينفي
النقصان ايضا لان غرضه ان يصير مستوفيا للاكثر بمقابلته عند
الهلاك ليرجع عليه بالكثير والنقصان يمنع من ذلك فيكون متعديا ه
فيضمن الا اذا عين له اكثر من قيمته فرهنه باقل من ذلك بمثل قيمته او اكثر
فانه لا يضمن لانه خلاف الى خير لان غرضه من الرجوع عليه بالكثير حاصل
بذلك مع تيسر ادائه لانه لا يرجع الا بقدر القيمة لان الاستيفاء لا يقع الا
به فتعيينه اكثر من قيمته غير مفيد في حقه بل فيه ضرر عليه لتعسر ادائه
وكذلك التقييد بالجنس والشخص والبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر
بعض الاجناس في التحصيل دون بعض وتفاوت الاشخاص والبلدان في
الحفظ والامانة فيضمن بالمخالفة ثم ان ضمن المستعير تم عقد الرهن
بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه
وان ضمن المرتهن رجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن على ما بيناه في
الاستحقاق قال وان وافق وهلك عند المرتهن صار مستوفيا [illegible]
ووجب مثله للمعير على المستعير لان قبض الرهن قبض استيفاء وبالهلاك
يتم الاستيفاء فسقط الدين عن الراهن ويضمن للمعير قيمته لانه قضى بذلك
القدر دينه ان كان كله مضمونا وان كان بعضه فقدر المضمون والباقي امانة
وهذا ظاهر وكذا لو انتقصت قيمة الرهن بعيب اصابه يذهب من الدين
بحسابه ويرجع المعير بذلك على الراهن لما ذكرنا قال ولو افتكه
المعير لا يمتنع المرتهن ان قبض دينه لان المعير غير متبرع بقضاء الدين
لما فيه من تخليص ملكه وهذا يرجع على الراهن فصار كاداء
الراهن فيجبر المرتهن على القبول بخلاف ما اذا قضى الاجنبي الدين لانه
متبرع اذ لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته وكان للطالب ان لا

يقبله

يقبله ثم يرجع المعير على الراهن بما ادى لما ذكرنا انه غير متبرع بل هو مضطر
فيه وذكر في النهاية انه اذا افتكه باكثر من قيمته بان كان الدين
المرهون به اكثر لا يرجع بالزائد على قيمته وهذا مشكل لان تخليص الرهن
لا يحصل الا بايفاء كل الدين وكان مضطرا وباعتبار الاضطرار ثبت له
حق الرجوع فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطرار وهذا لان غرضه
تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك الا باداء الدين كله اذ للمرتهن ان يحبسه
حتى يستوفي الكل على ما عرف في موضعه ولو هلك الرهن المستعار عند
الراهن قبل ان يرهنه او بعد ما افتكه فلا ضمان عليه لانه لم يصر
قاضيا دينه به وهو الموجب للضمان على ما بينا ولو اختلفا في ذلك
كان القول قول الراهن لانه ينكر الايفاء بماله والرجوع عليه باعتبار
الايفاء عنه ولا يقال الظاهر يشهد للمعير لان سبب الضمان قد وجد
بالرهن والراهن يدعي نسخه فوجب ان يكون القول للمعير لانا نقول
الرهن لا يوجب الضمان وانما يوجبه الايفاء به وهذا لتقرير بعده ولو
كان الرهن يوجبه لضمن كله ولو اختلفا في مقدار ما امره بالرهن به
كان القول للمعير لانه لو انكر الاصل كان القول له فكذا في انكار
الوصف ولو رهنه المستعير بدين موعود فهلك في يد المرتهن قبل
الاقراض وقيمته والمسمى سواء ضمن قدر الموعود لما عرف انه كالموجود
ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة مالية الرهن باستيفائه
من المرتهن كسلامة براءة ذمته عنه ولو كانت العارية عبدا فاعتقه
المعير جاز لقيام ملكه في الرقبة ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين
على الراهن لانه لم يستوفه وان شاء ضمن المعير قيمته لان حقه قد تعلق
برقبته وقد اتلفه بالاعتاق فتكون القيمة رهنا عنده الى ان
يقبض دينه فيرد الى المعير لان القيمة قائمة مقام العين فاخذت
حكم العين ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستعمله قبل ان يرهنه
ثم رهنه ثم قضى المال فلم يقبضه حتى هلك عند المرتهن صار المرتهن مستوفيا
لدينه به ورد على الراهن ما قبضه لحصول الاستيفاء بالرهن وضمن الراهن
للمعير قدر ما صار به موفيا دينه لانه لما رهنه ازال التعدي وقد
برئت ذمته عن ضمان الغصب لانه امين خالف ثم عاد الى الوفاق فصار
حكمه حكم الرهن ولو هلك عند الراهن بعد الاسترداد لا يضمن لما ذكرنا
انه عاد الى حكم الرهن ولو استعمله بعد الاسترداد ثم تركه ثم هلك لا يضمن
ايضا لما ذكرنا انه امين وحكمه حكم الوديعة عنده لا حكم العارية لانتهائها

حكم الغاربة بالهلاك فصار رده تبعا ليد المالك لكونه عاملا له فلذلك يحصل
مقصوده وهو الرجوع عند الهلاك بخلاف المستعير لانه يعمل لنفسه
فاذا تعدى لم يبرأ من الضمان حتى يوصله الى يد المالك على هذا عامة المشايخ
وقال شيخ الاسلام يبرأ المستعير اذا ازال التعدي كما لو ذكرنا واستدل
عليه بمسئلة المستعير للرهن وقد بينا المعنى فيه فلا تبقى حجة له على
ذلك التقدير ولو مات مستعير الرهن مفلسا فالرهن باق على حاله ولا
يباع الا برضا المعير لانه ملكه ولو اراد المعير ان يبيعه وابى المرتهن من بيعه
بيع بغير رضاه اذا كان به وفاء لان حقه في الاستيفاء وقد حصل وان لم يكن
فيه وفاء لم يبع الا برضاه لان له في الحبس منفعة فلعل المعير قد يحتاج
الى الرهن فيخلصه باداء الدين او تزداد قيمته بتغير السعر فيستوفي منه حقه
ولو مات المعير مفلسا وعليه دين امر الراهن بقضاء دين نفسه ورد الرهن
ليصل كل ذي حق الى حقه وان عجز لفقره فالرهن على حاله كما لو كان المعير
حيا ولورثته اخذه اذا قضوا دينه لانهم بمنزلة المورث فان طلب غرماء
المعير وورثته بيعه فان كان فيه وفاء بيع والا فلا يباع الا برضا المرتهن
كما مر لما بينا ولو كان الفاضل من دين المرتهن لم يف بدين غرماء المعير يباع
الا برضاهم وان كان لهم ان يبيعوا بغير رضاهم لوصول حقهم اليهم وكذا الحكم
لو مات المعير والمستعير **قال** وجناية الراهن والمرتهن على الرهن
مضمونة لان حق كل واحد منهما محترم فيجب عليه ضمان ما اتلف على صاحبه
لان الراهن مالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه والمرتهن حقه لازم
محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كالعبد
الموصى بخدمته اذا اتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشتري بها عبد يقوم
مقام الاول ولهذا منع المريض من التبرع باكثر من الثلث ثم المرتهن يأخذ
الضمان بدينه ان كان من جنس حقه وكان الدين حالا وان كان مؤجلا
يحبسه بالدين فاذا حل اخذه بدينه ان كان من جنس حقه والا حبسه
بدينه حتى يستوفي دينه **قال** وجنايته عليهما وعلى مالهما هدر اي
جناية لا توجب القصاص وان كانت توجبه فمعتبرة حتى يجب عليه القصاص
اما على المرتهن فظاهر لانه اجنبي عنه وكذا المولى لانه كالاجنبي عنه في حق
الدم اذ لم يدخل في ملكه الا من حيث المالية الا ترى ان اقرار المولى عليه
بالجناية الموجبة للقصاص باطل واقرار العبد بنفسه بها جائز والاقرار
بما يوجب المال على عكسه فاذا لم يدخل في ملكه من ذلك الوجه صار
اجنبيا فيه فافاد الوجوب عليه بخلاف ما يوجب المال لان ماليته
ملك

ملك للمولى ومستحق للمرتهن فلا فائدة في اعتبارها اذ يحصل الحاصل بحال بخلاف
جناية المغصوب على المغصوب منه حيث يعتبر عند ابي حنيفة لان الملك
عند اداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكسب له فكانت
جنايته على غير مالكه فاعتبرت وهذا الحكم فيما اذا كانت جناية الرهن
موجبة للدين على العبد لا دفع الرقبة بان كانت على غير الادمي بالاتلاف
بين اصحابنا لما ذكرنا واذا كانت موجبة لدفع الرقبة بان كانت على الادمي
في النفس خطا او فيما دونها فكذلك عند ابي حنيفة وقالا ان كانت جنايته
على الراهن فكذلك وان كانت على المرتهن فمعتبرة لان في اعتبارها فائدة
تملك رقبة العبد والمرتهن غير مالك حقيقة فكانت جناية الرهن
عليه جناية على غير المالك غير انها سقطت لعدم الفائدة في جناية لا توجب
دفع العبد لما ذكرنا وههنا افادت ملك رقبة العبد وان كان دينه
يسقط بذلك لانه قد يختار ملك رقبة العبد وربما يكون بقاء الدين
انفع له فيختار ايهما شاء ثم اذا اختار اخذه ووافقه الراهن على ذلك
ابطلا الرهن لسقوط الدين بهلاكه لان دفعه بالجناية يوجب هلاكه على
الراهن فيسقط به الدين وهذا الواجب على الاجنبي فدفع بها سقط الدين
وان لم تطلب الجناية فهو رهن على حاله ولابي حنيفة ان هذه الجناية
لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه
فلا يفيد لوجوب الضمان مع وجوب التخليص عليه وهذا الاختلاف نظير
الاختلاف في العبد المغصوب فان جنايته على الغاصب لا تعتبر عنده
وعندهما تعتبر وما ذكر من الفائدة غير ظاهرة لان اخذ العبد بالجناية
لا يكون الا باختيار المالك لان المجنى عليه لا يستبد باخذه وقد لا
يختار هو الدفع بل يعود الظاهر لعدم وجوب الفداء عليه بالمنع وفي رواية
عن ابي حنيفة اذا كانت قيمة الرهن اكثر من الدين ان جنايته على المرتهن
معتبرة بحسابها لان الزائد امانة فصار كجناية العبد المودع ولو جنى
الرهن على ابن الراهن او على ابن المرتهن فهي معتبرة في الصحيح حتى يدفع
به او يفدى وان كانت على المال يباع كما اذا جنى على الاجنبي لانه اجنبي
لتباين الاملاك **قال** وان رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل
فرخصت قيمته الى مائة فقتله رجل وغرم مائة وحل الاجل فالمرتهن
يقبض المائة قضاء بحقه ولا يرجع على الراهن بشيء واصله ان النقصان
من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا حتى كان له ان يطالب بجميع الدين
عند رده ناقصا بالسعر خلافا لزفر هو يقول ان المالية قد انتقصت

فائته انتقاص العين ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات
الناس وذلك غير معتبر في البيع اذا حصل في المبيع قبل القبض حتى
لا يثبت للمشتري الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب على الغاصب ضمان
ما نقص بالسعر عند رد العين المغصوبة بخلاف نقصان العين
لانه بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط
شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم
قيمته يوم الاتلاف لان القيمة في ضمان الاتلاف يعتبر وقت الاتلاف
لان الجابر بقدر الفائت واخذه المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق
وان كان مقابلا بالدم على اصلنا حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى استحقه
بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم
لا يرجع على الراهن بشيء لان يد المرتهن يد استيفاء من الابتداء وبالهلاك
يتقرر وقيمته كانت في الابتداء الفا فيصير مستوفيا للكل من الابتداء
او نقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا للالف بمائة لانه يودي الى الربا فيصير
مستوفيا للتسعمائة بالهلاك بخلاف ما اذا مات من غير قتل احد لانه يصير
مستوفيا للكل بالعبد لانه لا يودي الى الربا لاختلاف الجنس بخلاف
المسئلة الاولى لانا لو جعلناه مستوفيا للالف بمائة يودي الى الربا
فجعلناه مستوفيا لتسعمائة بالعبد الهالك ومن المقتول والمائة
بالمائة **قال** ولو باعه بمائة بامره قبض المائة قضاء من حقه ورجع
بتسعمائة اي لو باع المرتهن العبد الذي يساوي الفا بمائة بامر الراهن
وكان رهنا بالف قبض المرتهن تلك المائة التي هي الثمن قضاء بحقه ورجع
على الراهن بتسعمائة لانه لما باعه باذن الراهن صار كان الراهن استرده
وباعه بنفسه ولو كان كذلك لبطل الرهن وبقي الدين الا بقدر ما استوفى
فكذا هنا **قال** وان قتله عبد قيمته مائة فدفع به يفتكه افتكه
بكل الدين وهو الالف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد هو
بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن
بدينه ولا شيء عليه غيره وقال زفر يصير رهنا بمائة لان يد المرتهن يد استيفا
وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره
قلنا ان العبد الثاني قائم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول
قائما وانتقص بالسعر لا يسقط الدين وبني على الخلاف ولمحمد ان المرهون
تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع والمغصوب اذا كانت قيمة
كل واحد منهما الفا وقتل كل واحد منهما عبد قيمته مائة فان كل واحد

من

من المشتري والمغصوب منه بالخيار ان شاء اخذ القاتل ولا شيء له غيره وان شا
فسخ المشتري البيع ورجع المغصوب منه بقيمته ولهما ان التغير لم يظهر في
نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما كما ذكرنا مع زفر وعين الرهن
امانة عندنا فلا يجوز تمليكه من المرتهن بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين
حكم جاهلي وانه منسوخ بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن من صاحبه الذي
رهنه الحديث بخلاف ما ذكر من البيع والغصب لان حكم الخيار في البيع الفسخ
وفي الغصب تملكه باداء الضمان وهما مشروعان وعلى هذا الخلاف لو تراجع
سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به واذا قتل
العبد المرهون قتيلا خطا فضمان الجناية على المرتهن ولا يملك الدفع لانه
لا يملك التمليك ولو فداه طهر المحل وبقي الدين على حاله ولا يرجع المرتهن على
الراهن بشيء من الفداء لان الجناية حصلت في ضمانه ولو ابى المرتهن ان يفدي قيل
للراهن ادفع العبد او افده لان الملك له واتهما فعل سقط دين المرتهن به لان
العبد قد هلك بالدفع بسبب كان في يد المرتهن وكذا بالفداء لانه كالحاصل له
بعوض بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن
ابتداء بالدفع او الفداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط
شيء من الدين كما لو هلك ابتداء فان فداه فهو رهن مع امه على حالهما ولو استهلك
العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان اداه المرتهن فدينه بنفسه على حاله
كما في الفداء وان ابى قيل للراهن بعه في الدين الا ان يختار ان يودي عنه
فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء وان لم يود وبيع العبد فيه ياخذ
صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق المولى
لان حقه مقدم على حق المولى وكذا على حق المرتهن لانه قائم مقام المولى في المالية
ولهذا المعنى قلنا يقدم دين العبد على حق ولي الجناية ايضا لان ولي الجناية
قائم مقام المولى في ملك العين فان فضل شيء من دين العبد ودين غريم العبد
مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لان الرقبة
استحقت لمعنى هو في ضمانه فاشبه الهلاك وان كان دين العبد اقل منه سقط
من دين المرتهن بقدره وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان
دين المرتهن قد حل اخذه لانه من جنس حقه وان كان لم يحل امسكه حتى يحل
ثم ياخذه اذا حل اذا كان من جنس حقه وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم
اخذ الثمن ولا يرجع بما بقي على احد لانه وجب عليه بفعله هذا اذا كان كله
مضمونا وان كان بعضه امانة بان كانت قيمته اكثر من الدين وقد جنى العبد
جناية قيل لهما افدياه او ادفعاه بها لان البعض مضمون والبعض امانة

والفدا في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن فان اجمعا على الدفع
دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بيناه
وانما له التخلص بالفدا وهذا انه يطلب رضاه في الدفع لاحتمال ان يختار
الفدا وان تشاحا فالقول لمن قال انا افدي اما اذا كان هو
المرتهن فلانه ليس في الفدا الذي يختاره ابطال حق الراهن وفي الدفع
الذي يختاره الراهن ابطال حق المرتهن ويكون المرتهن في الفدا متطوعا
في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن بذلك لانه كان يمكنه لا ختياره
فيخاطب الراهن فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا على ما روي عن ابي
حنيفة بخلاف ما اذا كان غايبا لانه تعذر خطابه والمرتهن محتاج الى
اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا وعند
ابي يوسف ومحمد وزفر والحسن المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدا ملك
غيره بغير امره فصار كالاجنبي واما اذا كان المختار للفدا هو الراهن
فلان المرتهن ليس له ولاية الدفع فكيف يختاره ولان في الدفع الذي
يختاره المرتهن تفويت حق الراهن في العين من غير فايدة تحصل له لان دينه
يسقط بالدفع كما يسقط بهلاك الرهن ثم اذا فداه الراهن يحتسب على المرتهن
حصة المضمون من الفدا من دينه لان سقوط الدين امر لازم دفع او فدي لانه
بالاستحقاق صار كالهالك فاذا افداه صار كانه حصله بالفدا فلم يجعل
الراهن في الفدا متطوعا ثم ينظر اذا كان حصة المضمون من الفدا مثل
الدين او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط من الدين بحسابه وكان
العبد رهنا بما بقي لان الفدا في حصة الامانة كان عليه وفي حصة
المضمون كان على المرتهن فاذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع فيه كان له
الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كانه اوفى بعضه فيبقى العبد رهنا
بما بقي بخلاف ما اذا فداه المرتهن حيث يكون متطوعا في حالة حضرة الراهن
لا في حالة غيبته على ما بيناه وعن زفر عن ابي حنيفة على عكسه بان الراهن
اذا كان حاضرا فالمرتهن لا يكون متطوعا في الفدا وان كان غايبا كان
متطوعا فيه ووجهه ان المجني عليه لا يخاطب المرتهن حال غيبة الراهن لانه
ليس بمالك ولا يقدر على الدفع ولا يتمكن من اخذ العبد منه ما لم يحضر الراهن
فلا حاجة له الى الفدا فاذا فداه من غير حاجة اليه كان متطوعا واما
في حالة حضرته فالمجني عليه يخاطبهما بالدفع او الفدا فلا يتوصل المرتهن
الى استدامة يده الا بالفدا فكان مضطرا اليه فلا يكون متبرعا كمعير
الرهن وصاحب العلو اذا بنى السفل ثم بنى عليه علوه وكذا في جناية

وكذ

ولد الرهن اذا قال المرتهن انا افدي كان له ذلك وان كان المالك يختار
الدفع لانه وان لم يكن مضمونا عليه فهو محبوس بدينه وله في الفدا غرض صحيح
من زيادة الاستيثاق ولا ضرر على الراهن فكان له ذلك **قال** وان
مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لان الوصي قايم مقام الموصي
ولو كان الموصي حيا كان له ان يبيع الرهن فكذا الوصي **قال** فان لم
يكن له وصي نصب له وصي وامر ببيعه وفعل ذلك الى القاضي لان
القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم وقد تعين
النظر في نصب الوصي ليودي ما عليه لغيره ويستوفي حقوقه من غيره ولو كان
على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم له من غرمايه لم يجز وللاخرين
ان يردوه لانه ايثار لبعض الغرما بالايفا الحكمي فاشبه الايثار بالايفا
الحقيقي والجامع في كل واحد منهما ابطال حق غيره من الغرما الا ترى ان
الميت بنفسه لا يملك ذلك في مرض موته فكذا من قام مقامه وان قضى دينهم
قبل ان يردوه جاز لزوال المانع بوصول حقهم ولو لم يكن للميت غريم اخر جاز
الرهن اعتبارا بالايفا الحقيقي ويبيع في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا
بعده واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز لانه استيفا وهو يملكه
وله ان يبيعه ان وكل والا فلا الا باذن الراهن وكذا لو ارتهن الموصي ومات
قام الوصي مقامه الا انه لا يبيعه لان الوكالة تبطل بموته **فصل**
رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة فتخمر ثم تخلل وهو يساوي عشرة فهو
رهن بعشرة لان ما يكون محلا للبيع بقا يكون محلا للرهن بقا كما ان
ما يكون محلا للبيع ابتدا يكون محلا للرهن ابتدا والخمر محل للبيع بقا الا
ترى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد فيها الا ان المشتري
يتخير في البيع لتغير وصف المبيع كما اذا تعيب فكذا يكون محلا للرهن بقا
وهذا لان العقد وقع صحيحا فاذا تخمر فقد فسد لكن بالتخلل يعود العقد
صحيحا لعود المالية المتقومة فيها وزوال المفسد وقوله ثم تخلل وهو
يساوي عشرة يشير الى ان المعتبر فيه في الزيادة والنقصان القيمة
وليس كذلك بل المعتبر فيه القدر لان العصير والخل من المقدرات لانه
اما مكيل او موزون وفيهما نقصان القيمة لا يوجب سقوط شي من الدين
كما في انكسار القلب وانما يوجب الخيار على ما ذكرنا لان الفايت فيه
مجرد الوصف وفوات شي من الوصف في المكيل والموزون لا يوجب سقوط
شي من الدين باجماع بين اصحابنا فيكون الحكم فيه انه ان نقص شي من القدر
سقط بقدره من الدين والا فلا **قال** وان رهن شاة قيمتها عشرة

فإن دبغ جلدها وهو يساوي درهما فهو رهن بدرهم لأن الرهن يتقرر
بالهلاك وإذا أحيي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما إذا ماتت الشاة
المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع بقدره لأن البيع ينفسخ
بالهلاك قبل القبض والمنسوخ لا يعود صحيحا وأما الرهن فيتقرر بالهلاك
ومن المشايخ من يقول يعود البيع وقوله فهو رهن بدرهم قالوا هذا إذا كان
قيمة الجلد يوم الرهن درهما وإن كانت قيمته يومئذ درهمين كان الجلد
رهنا بدرهمين وإنما يعرف ذلك بالتقويم بأن يقوم الشاة المرهونة
غير مسلوخة ثم يقوم مسلوخة فالتفاوت بينهما هو قيمة الجلد هذا إذا
كانت الشاة كلها مضمونة وإن كان بعضها أمانة بأن كانت قيمتها أكثر من
الدين يكون الجلد أيضا بعضه أمانة بحسابه فيكون رهنا بحصته من الدين
قالوا هذا إذا دبغه المرتهن بشيء لا قيمة له وإن دبغه بشيء له قيمة ثبت
للمرتهن حق حبسه بما زاد الدباغ فيه كما لو غصب جلد ميتة ودبغه بشيء له قيمة
ثم قيل يبطل الرهن فيه حتى إذا أدى الراهن ما زاد الدباغ فيه أخذه وليس
له أن يحبسه بالدين لأنه لما حدث الدين الثاني وصار به محبوسا كأنه خرج
من أن يكون رهنا بالأول وصار كما إذا رهنه حقيقة بأن رهن الرهن
بدين آخر غير ما كان محبوسا به فإنه يخرج عن الأول ويكون رهنا بالثاني
فكذا هذا وقيل لا يبطل لأن الشيء إنما يبطل بما هو فوقه أو مثله ولا
يبطل بما هو دونه كالمبيع بالفاسد إذا باعه ثانيا منه بالأقل أو بالأكثر يبطل لأنه
مثله ولا يبطل بالإجارة والرهن لأنه دونه والرهن بالثاني هنا دون
الأول لأنه إنما يستحق حبس الجلد بالمالية التي اتصلت بالجلد بحكم الدباغ
وتلك المالية تبع للجلد لأنها وصف له والوصف دائما تبع للأصل والرهن
الأول بما هو أصل بنفسه وليس بتبع لغيره وهو الدين فيكون أقوى من الثاني
فلم يرتفع الأول بالثاني ويثبت الثاني أيضا لأن سببه قد تحقق وأنه لا يمكن
رده بخلاف الإجارة والرهن لأن ردهما ممكن فأمكن القول ببطلانهما ولو
ارتفع عقد الرهن وحل أجل الدين ثم عاد يعود الدين وعند زفر لا يعود بل يكون
ملكا للمرتهن لأن القاضي لما جعله بالدين فقد ملكه كالمغصوب يعود
بعد الضمان فإنه يكون ملكا للغاصب ولا يعود إلى ملك المغصوب منه قلنا
إن الرهن لا يملك بالدين لأنه حكم جاهلي على ما بينا وإنما يقع بقبضه الاستيفاء
من وجه ويتم ذلك بالهلاك فإذا عاد ظهر أنه لم يتم فبقي محبوسا بالدين .
والدليل على أنه لا يملك به أن العين إن كفنه على الراهن بخلاف المغصوب **قال**
ونماء الرهن كالولد والثمر واللبن والصوف للراهن لأنه متولد من ملكه **قال**

وهو رهن مع الأصل لأنه تبع له والرهن حق متأكد لازم فيسري إلى الولد
ألا ترى أن الراهن لا يملك إبطاله بخلاف ولد الجارية الجانية حيث لا يسري
حكم الجناية إلى الولد ولا يتبع أمه فيه لأن الحق فيها غير متأكد حتى ينفرد
المالك بإبطاله بالفداء وبخلاف ولد المستأجرة والكفيلة والمغصوبة
وولد الموصى بخدمتها لأن المستأجر حقه في المنفعة دون العين وفي
الكفالة الحق في الذمة والولد لا يتولد من الذمة وفي الغصب السبب
إثبات يد العادية بإزالة يد المحقة وهو معدوم في الولد ولا يمكن إثباته
فيه تبعا لأنه فعل حسي والتبعية تجري في الأوصاف الشرعية وفي الجارية
الموصى بخدمتها المستحق له الخدمة وهي منفعة والولد غير صالح لها قبل
الانفصال فلا يكون تبعا لها وبعده لا ينقلب موجبا أيضا لأنه
انعقد عن موجب **قال** ويهلك مجانا أي إذا هلك النماء يهلك بغير شيء لأن
الأتباع لا قسط لها مما يقابل بالأصل لأنها لم تدخل تحت العقد مقصودا
إذ اللفظ لا يتناولها **قال** وإن هلك الأصل وبقي فك بحصته أي إذا هلك
الرهن وبقي النماء افتك الولد بحصته من الدين لأنه صار مقصودا بالفكاك
والتبع إذا صار مقصودا يكون له قسط كولد المبيع لا حصة له من الثمن
ثم إذا صار مقصودا بالقبض صار له حصة حتى إذا هلكت الأم قبل
القبض وبقي الولد كان للمشتري أن يأخذه بحصته من الثمن ولو هلك قبل
القبض لم يسقط شيء من الثمن **قال** ويقسم الدين على قيمته يوم الفكاك
وقيمة الأصل يوم القبض ويسقط من الدين حصة الأصل ويفك النماء بحصته
لأن الولد صار له حصة بالفكاك والأم دخلت في ضمانه من وقت القبض فتعتبر
قيمة كل واحد منهما في وقت اعتباره ولهذا لو هلك الولد بعد هلاك الأم
قبل الفكاك هلك بغير شيء فيعلم بذلك أنه لا يقابله شيء من الدين إلا عند
الفكاك ولو أذن الراهن للمرتهن في أكل زوائد الرهن بأن قال مهما زاد فكله
فأكله فلا ضمان عليه ولا يسقط شيء من الدين لأنه أتلفه بإذن المالك وهذا
إباحة والإطلاق يجوز تعليقه بالشرط والخطر بخلاف التمليك وإن لم
يفتك الرهن حتى هلك في يد المرتهن قسم الدين على قيمة الزيادة التي أكلها
المرتهن وعلى قيمة الأصل فما أصاب الأصل سقط وما أصاب الزيادة
أخذه المرتهن من الراهن لأن الزيادة تلفت على ملك الراهن بفعل المرتهن
بتسليط منه فصار كأن الراهن أخذه وأتلفه فيكون مضمونا عليه فكان
له حصة من الدين فيبقى حصته هكذا ذكر في الهداية والكافي وفتاوى
قاضي خان والمحيط وعزاه إلى الجامع **قال** وتصح الزيادة في الرهن

لان الدين معناه لا يصير الرهن رهنا بالدين المزيد وصورة الزيادة في الرهن
ظاهر وهو ان يزيد رهنا على الرهن الاول فيكونان رهنا بالدين الاول واما
صورة الزيادة في الدين فهو ان يزيد دينا على الدين الاول على ان يكون
الرهن الاول رهنا بالدينين وهو غير جائز وقال ابو يوسف يجوز الزيادة
في الدين ايضا وقال زفر والشافعي لا يجوز الزيادة في الرهن ايضا لانه يؤدي
الى الشيوع لانه لا بد للرهن الثاني من ان يكون له حصة من الدين فيخرج
الرهن الاول بقدره من ان يكون رهنا او مضمونا وذلك شايع والشيوع
مفسد للرهن ولابي يوسف ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن
كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل
العقد للحاجة والامكان الالحاق فيهما كما في البيع ولابي حنيفة ومحمد ان الزيادة
في الدين توجب الشيوع في الرهن لان الزيادة في الدين يثبت فيه ضمان
الدين الثاني فيكون بعض الرهن مضمونا به وبعضه مضمونا بالدين الاول
وذلك البعض شايع فلا يجوز بخلاف الزيادة في الرهن لانها توجب تحول
بعض الدين الى الرهن الثاني لان الدين ينقسم عليهما فصار الشيوع في الدين
لا في الرهن وذلك غير مانع صحة الرهن الا ترى انه لو رهن شيئا بخمسماية
من الف درهم عليه جاز ولو كان الشيوع في الدين مانعا لما جاز والالتحاق
باصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا هو معقود به
بل وجوبه سابق على الرهن ولهذا يبقى الدين بعد فسخ الرهن والزيادة تكون
في المعقود عليه كالمبيع او في المعقود به كالثمن لا في غيره لانه ليس باحد
البدلين والزيادة تختص بهما ثم المراد بقولهم ان الزيادة في الدين لا تصح
ان الرهن لا يكون رهنا بالزيادة واما نفس زيادة الدين على الدين
فصحيحة لان الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الاول جائزة
اجماعا ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية قسم
الدين على قيمتها يوم قبضها وعلى قيمة الاول يوم قبضه لان كل واحد منهما
دخل في ضمان المرتهن يوم قبضه فكان هو المعتبر واذا ولدت المرهونة ولدا
ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد منهم الف والدين الف
فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه يوم فكاكه وعلى العبد
الذي زيد عليه لانه جعله زيادة مع الولد دون الام والولد لا حصة له
الا وقت الفكاك فما اصاب الولد في ذلك الوقت قسم عليه وعلى العبد
الزيادة لما ذكرنا وقبل ذلك الولد تبع لا حصة له من الدين حتى لو مات
الولد بعد الزيادة قبل الفكاك بطلت الزيادة لان الولد اذا هلك

خرج

خرج من العقد فصار كان لم يكن فبطل الحكم في الزيادة وكذا لو هلكت
الزيادة قبل فكاك الولد هلكت بغير شيء لانه تبع فياخذ حكمه ولو كانت
الزيادة مع الام قسم الدين على قيمتها يوم قبضها وعلى قيمة الزيادة يوم قبضها
لما ذكرنا فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها اذا هلكت فما اصاب الام ذهب
وسقط وما اصاب الولد افتك به الراهن لان الزيادة دخلت على الام فيقسم
الدين عليها وعلى الزيادة ثم ما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها اذا هلكت
وبقي الولد الى الفكاك ولو هلك الولد بعد هلاكها قبل الفكاك او هلك
هو وحده دونها ذهب بغير شيء لما ذكرنا انه لا حصة له الا وقت الفكاك
فصار كانه لم يكن اصلا فتبقى حصة الام كلها عليها يذهب بهلاكها وحصة
الزيادة ايضا تذهب بذهاب الزيادة فصار كان الرهن هي الام وحدها
وزاد العبد عليها فايهما هلك هلك بحصته وافتك من بقي منهما بحصته
قال ومن رهن عبدا بالف فدفع عبدا اخر رهنا مكان الاول وقيمة كل
الف فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن في الاخر امين حتى يجعله مكان
الاول لان الاول دخل في ضمانه بالقبض والدين فلا يخرج عن الضمان ما دام
باقيا الا بنقض القبض فاذا كان الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه
لانهما رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فيه فاذا رد الاول دخل الثاني
في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض فيه لان يد المرتهن على الثاني يد امانة
ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على اخر جياد فاستوفى زيوفا
يظنها جيادا ثم علم انها زيوف وطالبه بالجياد واخذها فان الجياد امانة
في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض في الجياد وقيل لا يشترط لان الرهن
تبرع كالهبة وعينه امانة على ما عرف وقبض الامانة ينوب عن قبض الامانة
ولان الرهن عينه امانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن
قبض العين ولو ابرا المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن
في يد المرتهن هلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر لان الرهن مضمون بالدين
او بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء والهبة
ولا جهته لسقوطه الا اذا منعه من صاحبه فيصير غاصبا بالمنع وكذا اذا
ارتهنت المراة بصداقها رهنا فابرأته او وهبته له او اختلعت عليه او
ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول بها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير
شيء لسقوط الدين ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع
ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى من استوفى
منه وهو من عليه الدين او المتطوع بخلاف الابراء ووجه الفرق ان الابراء

يسقط به الدين اصلا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب وهو السبب الموجب للدين لكن يكون المقبوض مضمونا على القابض فيلتقيان قصاصا ٠ ومعناه ان دين كل واحد منهما على صاحبه يبقى على حاله لعدم الفائدة في مطالبة كل واحد منهما صاحبه لان كل استيفاء يوجد يعقب مطالبة مثله فيودي الى الدور فترك الطلب لعدم الفائدة فاما الدين نفسه فثابت في ذمة كل واحد منهما فاذا هلك الرهن ينتقض الاستيفاء الاول وهو الاستيفاء الاول بقبض الرهن وينتقض الاستيفاء الثاني الذي هو الحقيقة وكذا اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة وهلك بالدين لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه يخرج بالحوالة عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه او مثل ما يرجع عليه ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل وكذا اذا تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن هلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فيكون الجهة باقية بخلاف الابراء قال فيه كذا في ذكر شمس الائمة السرخسي في المبسوط اذا تصادقا على ان لا دين يبقى ضمان الرهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لضمان الرهن فيصير مستوفيا واما اذا تصادقا على ان لا دين والرهن قايم ثم هلك فيهلك امانة لانهما بتصادقهما ينفيان الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين وذكر الاسبيجابي انهما اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب انه لا يهلك مضمونا رجل دفع مهر غيره تطوعا فطلقها المراة قبل الوطي رجع المتطوع بنصف ما ادى وكذا لو اشترى عبدا وتطوع رجل باداء ثمنه ثم رد العبد بعيب رجع المتطوع بما ادى وقال زفر يرجع الزوج والمشتري بذلك على القابض لان المتطوع ادى عنهما فصار كاديهما بانفسهما قلنا انه اذا قضى لا يرجع عليهما بما اداه فلم يملكاه بالضمان وهما لم يملكاه فبقي على ملك المتطوع والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

٠ كتاب الجنايات

وهي في اللغة اسم لما يجنيه المرء من شر اكتسبه تسمية بالمصدر من جنى عليه شرا وهو عام الا انه خص بما يحرم من الفعل واصله من جني الثمرة وهو اخذه من الشجر وهي في الشرع اسم لفعل محرم سواء كان في مال او نفس لكن في عرف الفقهاء يراد باطلاق اسم الجناية الفعل في النفوس والاطراف ثم القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطا وما اجري مجرى الخطا والقتل بسبب والمراد به بيان قتل تتعلق به الاحكام من القصاص والدية والكفارة وحرمان

الميراث والاثم على ما نبينه ان شاء الله تعالى هذا تقسيم الشيخ ابي بكر الرازي رحمه الله وذكر محمد في الاصل انه ثلاثة اوجه عمد وشبه عمد وخطا قال موجبا لقتل عمدا وهو ما تعمد ضربه بسلاح ونحوه في تفريق الاجزاء كالمحدد من الحجر والخشب والليطة والنار الاثم والقود عينا اي القتل الموصوف بهذه الصفة توجب الاثم والقصاص متعينا اما اشتراط العمدية فلان الجناية لا تتحقق دونها ولا بد منها ليترتب عليها العقوبة لقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان الحديث واما اشتراط السلاح او ما جرى مجرى السلاح فلان العمد هو القصد وهو فعل القلب لا يوقف عليه اذ هو امر باطن فاقيم استعمال الالة القاتلة غالبا مقامه تيسيرا كما اقيم السفر مقام المشقة والنوم مضطجعا مقام الخارج من السبيلين والبلوغ مقام اعتدال العقل تيسيرا والالة القاتلة غالبا هي المحددة لانها هي المعدة للقتل وما ليس له حد فليس بمعد له حتى لو ضربه بحجر كبير او خشب كبير او بصنجة حديد او نحاس لا يجب القصاص عند ابي حنيفة رحمه الله على ما نبين في شبه العمد وذكر قاضي خان اذا جرح لا يشترط في الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس وغيره في ظاهر الرواية واما وجوب الماثم فلقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم الاية وقال عليه السلام سباب المومن فسق وقتاله كفر وقال عليه السلام لزوال الدنيا اهون على الله تعالى من قتل امرئ مسلم وعليه اجماع الامة واما وجوب القصاص فلقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والمراد به القتل العمد لان الله تعالى اوجب الدية في القتل خطا بقوله ومن قتل مؤمنا خطا فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله وقال عليه السلام العمد قود ولان القتل قصاصا نهاية العقوبة فلا يشرع الا اذا تناهت الجناية ولا تتناهى الا بالعمد لان الخطا فيه شبهة العدم فلا توجب العقوبة المتناهية قال الا ان يعفو اي يجب القصاص عينا الا ان يعفو الاولياء فيسقط القصاص بعفوهم فلا يجب شي ان كان العفو بغير بدل وان كان ببدل يجب المشروط بالصلح لا بالقتل وقال الشافعي الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختيار الولي وفي قول عنه ان الواجب هو القود عينا لكن للولي حق العدول الى المال من غير رضا القاتل لقوله عليه السلام من قتل له قتيل فهو بخير النظرين اما ان يقتل واما ان يودى وقال عليه السلام في خطبته يوم فتح مكة فمن قتل له بعد مقالتي قتيل فاهله بين خيرتين بين ان ياخذوا العقل وبين ان يقتلوا وهذا نص على التخيير

ولا نحو العبد شرع جابرا وفي كل منهما نوع خير فيتخير في تعيين الواجب
كالكفارات او في العدول الى المال بعد الوجوب كالمثل المنقطع ولا
يحتاج فيه الى رضاه لتعينه مدفعا للهلاك وهو بامتناعه متعنت ومُلقٍ
نفسه في التهلكة فيحجر عليه كالمضطر اذا وجد مال الغير ومعه ثمنه
فانه يتعرض له شرعا والادمي قد يتضمن بالمال كما في الخطا ولنا ما تلونا
وما روينا والمراد به القتل العمد على ما بينا والالف واللام
في قوله عليه السلام العمد قود للجنس لعدم المعهود فيقتضي ان جنس
العمد موجب للقود لا المال ومن جعله موجبا للمال فقد زاد عليه وهو
لا يجوز والى هذا المعنى اشار ابن عباس رضي الله عنهما بقوله العمد قود
لا مال فيه ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة بينه وبين الادمي
صورة ومعنى اذ الادمي خلق مكرما ليتحمل التكاليف ويشتغل بالطاعة
وليكون خليفة الله تعالى في الارض والمال خلق لاقامة مصالحه
ومبتذلا له في حوائجه فلا يصلح جابرا وقائما مقامه والقصاص
يصلح للتماثل صورة لانه قتل بقتل وكذا معنى لان المقصود بالقتل
الانتقام والثاني فيه كالاول ولهذا سمي قصاصا وبه يحصل منفعة
الاحيا لكونه زاجرا لا باخذ المال فتعين موجبا لا المال ولهذا اضيف
ما وجب من المال في قتل العمد الى الصلح الا ترى الى قوله عليه السلام
لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولو كان القتل عمدا موجبا
للمال لما اضافه الى الصلح ولا يعارض بقوله لا تعقل العاقلة عمدا
لان المراد به ما لا يمكن القصاص فيه من الجراحات فيما دون النفس
وبالصلح ما يكون في النفس وغيره وبه يستقيم والمراد بما روي فيه العلم
ثبوت الخيار عند اعطاء القاتل الدية وتخييره لا ينافي رضا الاخر
في غير الواجب وهذا كما يقال للدائن خذ بدينك ان شئت دراهم وان
شئت دنانير وان شئت عروضا ومعلوم انه لا ياخذ غير حقه الا برضا
المدين وهذا شايع في الكلام الا ترى الى قوله عليه السلام لا تاخذ
الا سلمك او راس مالك اي لا تاخذ الا سلمك عند المضي في العقد
ولا تاخذ الا راس مالك عند التفاسخ بحده ومعلوم انه لا ياخذ راس
ماله الا برضا الاخر لان الفسخ لا يتم الا باتفاقهما فاذا كان المراد
بالحديث ذلك او احتمله لا يبقى حجة له والدليل على ذلك ما روي
عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال كان القصاص في بني اسرائيل
ولم يكن الدية فقال عز وجل هذه الاية كتب عليكم القصاص في القتلى

الحر بالحر الى قوله فمن عفي له من اخيه شي والعفو ان يقبل الدية في العمد ذلك
تخفيف من ربكم مما كان كتب على من كان قبلكم فاخبر ان بني اسرائيل لم يكن
فيهم دية الا كان ذلك حتما عليهم اخذ عوضا عن الدم او يتركوه حتى يسفكوا
الدما فخفف الله تعالى عن هذه الامة ونسخ ذلك بقوله تعالى فمن عفي
له من اخيه شي الاية ونبه النبي صلى الله عليه وسلم على هذه الجهة بل
بينها بقوله من قتل له قتيل فهو بالخيار بين ان يقتص او يعفوا او
ياخذ الدية التي اوجبت لهذه الامة وحل لهم اخذها اذا اعطوها وعن انس
ابن مالك ان عمته الربيع لطمت جارية فكسرت ثنيتها فقال عليه
السلام حين اختصموا اليه كتاب الله القصاص ولم يخير ولو كان المال
واجبا به لخير اذ من وجب له احد الشيئين على الخيار لا يحكم له باحدهما معينا
وانما يحكم له بان يختار ايهما شا والذي يحققه ان الولي لو عفا عن القصاص
قبل اختياره القصاص صح عفوه ولو لم يكن هو الواجب بالقتل لما صح
عفوه قبل تعينه باختياره اذ العفو عن الشي قبل وجوبه باطل فاذا كان
القصاص هو الواجب الاصلي لا ينفرد الولي بالعدول عنه الى المال بدلا
عنه لانه معاوضة ولا يجبر احد على المعاوضة كما في ساير الحقوق ولهذا
لو ترك الولي القصاص ومال الى الدية كالدار ونحوها من الاعيان لا
يجبر القاتل على الدفع وان كان فيه احيا نفسه ولا نسلم ان المضطر الذي
ذكره يجبر على الشرا حيث يدخل في ملكه من غير رضاه وانما نقول بانه
اذا ترك الشرا مع القدرة عليه ومات وكذا نقول هنا ايضا ياثم اذا لم
يخلص نفسه مع القدرة عليه وقوله والادمي قد يتضمن بالمال كما في الخطا
قلنا وجوب الضمان في الخطا ضرورة صون الدم عن الاهدار لا باعتبار
انه مثل له وهذا لانه لما تعذر العقوبة وهو القصاص لعدم الجناية
صير الى صون الدم ولولا ذلك لتخاطا كثير من الناس وادى الى الفنا
ولان النفس محترمة فلا يسقط حرمتها بعذر الخاطي كما في المال فيجب
المال صيانة لها عن الاهدار ولا يقال وجوب القصاص هنا ينافي وجوب
المال ولا العدول اليه من غير رضا الجاني الا ترى ان رجلا لو قطع يد
رجل ويده صحيحة ويد القاطع شلا فالمقطوع يده بالخيار ان شا اخذ
الارش وان شا قطع يده الشلا وكذا لو عفا احد الاوليا بطل حق
الباقين في القصاص ووجبت لهم الدية ولولا انه وجب بالجناية
لما وجب بغير رضاهم لانا نقول انما كان لهم ذلك لتعذر استيفا حقهم
كملا وكلامنا مع القدرة على الاستيفا فلا يلزمنا قال لا الكفارة

اي لا تجب الكفارة بقتل العمد وقال الشافعي تجب اعتبارا بالخطا بل اولى
لانها شرعت لمحو الاثم وهو في العمد اكثر فكان ادعى الى ايجابها ولنا ان
الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة فلا بد من ان يكون سببها
ايضا دائرا بين الحظر والاباحة لتتعلق العبادة بالمباح والعقوبة
بالمحظور وقتل العمد كبيرة محض فلا يناط به كسائر الكبائر مثل الزنا
والسرقة والربا ولا يمكن قياسه على الخطا لانه دونه في الاثم فشرعه
لدفع الادنى لا يدل على دفع الاعلى ولان في قتل العمد وعيدا محكما فلا يمكن
ان يقال ترتفع الاثم فيه بالكفارة مع وجود التشديد في الوعيد بنص
قاطع لا شبهة فيه ومن ادعى ذلك كان تحكما منه بلا دليل ولان الكفارة
من المقدرات فلا يجوز اثباتها بالقياس على ما عرف في موضعه ولان
قوله تعالى فجزاؤه جهنم الاية كل موجبه اذ هو مذكور في سياق الجزاء الشرط
فتكون الزيادة عليه نسخا فلا يجوز بالراي قال رحمه الله وشبهه
وهو ان يتعمد ضربه بغير ما ذكر الاثم والكفارة ودية مغلظة على
العاقلة لا القود اي موجب القتل شبه العمد الاثم والكفارة على
القاتل والدية المغلظة على العاقلة ولا يوجب القصاص وقوله
وهو ان يتعمد ضربه بغير ما ذكر اي بغير ما ذكرنا في العمد والذي ذكره في
العمد هو المحدد وغيره هو الذي لا حد له من الالة كالحجر والعصا وكل
شي ليس له حد يفرق الاجزا وهذا عند ابي حنيفة وقالا اذا ضربه بحجر عظيم
او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا
وبه قال الشافعي وانما سمي هذا النوع شبه عمد لان فيه قصد الفعل
لا القتل فكان عمدا باعتبار نفس الفعل وخطا باعتبار القتل لهما
ان معنى العمدية يتقاصر باستعمال الة لا تقتل غالبا لانه يقصد به
التاديب او اتلاف العضو لا القتل فكان شبه عمد ولا يتقاصر باستعمال
الة لا تلبث لانه يقصد به القتل كالسيف فكان عمدا فيجب القود ولما
روي انه عليه السلام رض بين حجرين راس يهودي رض راس صبي بين حجرين
وكذا قتل المراة التي قتلت امراة بمسطح وهو عمود الفسطاط ولابي
حنيفة قوله عليه السلام الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط او
العصا والحجر فيه دية مغلظة مائة من الابل منها اربعون خلفة في
بطونها اولادها وباطلاقه يتناول العصا الكبير والحجر وغيرها
ولان قصد القتل امر مبطن لا يعرف الا بدليله وهو استعمال الالة
القاتلة الموضوعة له على ما بينا وهذه الالة لا تصلح دليلا

على قصد القتل لانها غير موضوعة له ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن القتل
بها على غفلة منه ولا يقع القتل بها غالبا فقصرت العمدية لذلك
فصار كالعصا الصغيرة وهذا لان ما يوجب القصاص وهو الالة
المحددة لا يختلف بين الصغير منها والكبير لان الكل صالح للقتل بنقض
البنية ظاهرا وباطنا فكذا ما لا يوجب القصاص وجب ان يستوي
بين الصغير منه والكبير حتى لا يوجب الكل القصاص لانه غير معد للقتل
ولا صالح له لعدم نقض البنية ظاهرا فكان في قصد القتل شك لما
فيه من قصور والقصاص نهاية في العقوبة فلا يجب مع الشك وما
رووه من رض اليهودي يحتمل انه عليه السلام علم ان اليهودي كان قاطع
الطريق فان قاطع الطريق اذا قتل بسوط او عصا او غيره باي شي كان
يقتل به حدا او يحتمل انه جعله كقاطع الطريق لكونه ساعيا في الارض
بالفساد فيقتله حدا كما يقتل قاطع الطريق فان ذلك جائز ان يلحق به على
ما بيناه في قطاع الطريق واما حديث المراة فقال عبيد بن نضيلة عن
المغيرة بن شعبة ان امراتين ضربت احداهما الاخرى بعمود الفسطاط فقتلتها
فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على عصبة القاتلة
وقضى فيما في بطنها بغرة فقال الاعرابي اغرم من لا طعم ولا شرب ولا
صاح فاستهل ومثل ذلك يطل فقال اسجع كسجع الاعرابي وفي رواية
قال هذا من اخوان الكهان من اجل سجعه فعلم بذلك ان ما رووه غير
صحيح والذي يدلك على ذلك ان الراوي لذلك حمل بن مالك على زعمهم
فانهم قالوا قال حمل بن مالك كنت بين بيتي امراتي فضربت احداهما
الاخرى بمسطح فقتلتها وجنينها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم
في جنينها بغرة وان تقتل بها هكذا رووه وقال ابن المسيب وابو سلمة
عن ابي هريرة اقتتلت امراتان من هذيل فضربت احداهما الاخرى
بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقضى ان دية جنينها عبد او وليدة وقضى بدية المراة على عاقلتها وورثها
ولدها فقال حمل بن مالك بن النابغة الهذلي يا رسول الله اغرم من لا
شرب ولا اكل ولا نطق ولا استهل ومثل ذلك يطل فقال عليه السلام
هذا من اخوان الكهان وهذا هو المشهور عن حمل بن مالك فكيف يتصور
ان يصح عنه خلاف ذلك ثم لا فرق عند ابي حنيفة بين ان يموت بضربة
واحدة وبين ان يوالي عليه ضربات حتى مات كل ذلك شبه عمد لا يوجب
القصاص واختلف على قولهما في الموالاة وقال الشافعي يصير عمدا بها

فيوجب القصاص ولو القاه من جبل او سطح او غرقه في الما او خنقه حتى
مات فكل ذلك شبه عمد عنده وعندهما عمد وانما كان اثمه اثم العمد لانه
ارتكب محرم دينه قاصدا له وانما وجبت الكفارة به لانه خطا من وجه
فيدخل تحت النص قتل الخطا وذكر صاحب النهاية ان صاحب الايضاح قال
في الايضاح وجدت في كتب اصحابنا الا كفارة في شبه العمد على قول ابي حنيفة
رحمه الله فان الاثم كامل متناه وتناهيه يمنع شرعية الكفارة لان ذلك
من باب التخفيف وجوابه على الظاهر ان يقول انه اثم اثم الضرب لانه قصده
لا اثم القتل لانه لم يقصده وهذه الكفارة تجب بالقتل وهو فيه
مخطي ولا تجب بالضرب الا ترى انها لا تجب بالضرب بدون القتل وبعكسه
تجب فكذا عند اجتماعهما يضاف الوجوب الى القتل دون الضرب واما
وجوب الدية فلما روينا وانما وجبت على العاقلة لانه خطا من وجه
على ما بينا فيكون معذورا فيستحق التخفيف لذلك ولانها تجب بنفس
القتل فتجب على العاقلة كما في الخطا ولهذا اوجبها عمر في ثلاث سنين
وتتعلق بهذا القتل حرمان الميراث كالخطا بل اولى لانه مدخر الفعل
وهو اولى بالمجازاة لوجود القصد منه الى الفعل فحاصله انه كالخطا الا
في خطا حق الاثم وصفة التغليظ في الدية على ما نبين من بعد ان شا الله
تعالى قال والخطا وهو ان يرمي شخصا ظنه صيدا او حربيا فاذا هو
مسلم او غرضا فاصاب ادميا وما جرى مجراه كنايم انقلب على رجل
فقتله الكفارة والدية على العاقلة اي موجب قتل الخطا وموجب
ما جرى مجرى الخطا الكفارة والدية على العاقلة وقوله وهو ان يرمي
شخصا الخ تفسير لنفس الخطا فانه على نوعين خطا في القصد وخطا
في الفعل وقد بين النوعين بقوله وهو ان يرمي شخصا ظنه صيدا
او حربيا فاذا هو مسلم تفسير للخطا في القصد لانه لم يخطئ في الفعل حيث
اصاب ما قصد رميه وانما اخطا في القصد اي في الظن حيث ظن الحربي
مسلما والادمي صيدا وقوله او غرضا فاصاب ادميا اي او رمى غرضا
فاصاب ادميا وهذا بيان للخطا في الفعل دون القصد فيكون معذورا
اذا اختلف المحل بخلاف ما لو تعمد الضرب موضعا من جسده فاصاب
موضعا اخر منه حيث يجب القصاص لان المحل لم يختلف لوجود قصد القتل
منه والقتل اذ جميع البدن منه كمحل واحد فيما يرجع الى مقصوده فلا
يعذر وانما صار الخطا نوعين لان الانسان يتصرف بفعل القلب والجوارح
فيحتمل في كل واحد منهما الخطا على الانفراد كما ذكر او لا على الاجتماع

بان

بان رمى ادميا يظنه صيدا فاصاب غيره من الناس وقوله كنايم انقلب
على رجل بيان لما اجري مجرى الخطا لان هذا ليس بخطا حقيقة لعدم
قصد النايم الى شي حتى يصير مخطيا لمقصوده ولما وجد فعله حقيقة
وجب عليه ما اتلفه كفعل الطفل فجعل كالخطا لانه معذور كالمخطي وانما
كان حكم المخطي ما ذكره لقوله تعالى فيه فتحرير رقبة مومنة ودية مسلمة
الى اهله وقد قضى بها عمر رضي الله عنه في ثلاث سنين بمحضر من الصحابة
من غير نكير فصار اجماعا وقدر الدية وصفتها وما يجوز عتقه عن الكفارة
وما لا يجوز نذكره في الديات ان شا الله تعالى وبهذا النوع من القتل
لا اثم اثم القتل وانما فيه اثم ترك التحرز والمبالغة في التثبت لان
الافعال المباحة لا تجوز مباشرتها الا بشرط الا يوذي احدا فاذا اذى
احدا فقد تحقق ترك التحرز فياثم ولفظة الكفارة تنبي عن ذلك لانها
ستارة ولا استتار دون الاثم قال رحمه الله والقتل بسبب كحافر البير
وواضع الحجر في غير ملكه الدية على العاقلة لا الكفارة اي موجب القتل
بسبب الدية على العاقلة لا الكفارة اما وجوب الدية فلانه سبب التلف
وهو متعد فيه بالحفر فجعل كالدافع الملقي فيه فتجب فيه الدية صيانة للانفس
وتكون على العاقلة لان القتل بهذا الطريق دون القتل بالخطا
فيكون معذورا فتجب على العاقلة تخفيفا عنه كما في الخطا بل اولى
لعدم القتل منه مباشرة ولهذا لا تجب الكفارة فيه قال والكل
يوجب حرمان الارث الا هذا اي كل نوع من انواع القتل الذي تقدم ذكره
من عمد وشبه عمد او خطا يوجب حرمان الارث الا القتل بسبب فانه لا يوجب
ذلك كما لا يوجب الكفارة وقال الشافعي رحمه الله هو ملحق بالخطا في احكامه
قال وشبه العمد في النفس عمد فيما سواها لان اتلاف ما دون
النفس لا يختص بالة دون الة فلا يتصور فيه شبه العمد بخلاف النفس
على ما بينا والذي يدل على هذا ما روي عن انس بن مالك ان عمته الربيع
لطمت جارية فكسرت ثنيتها فطلبوا اليهم العفو فابوا والارش
فابوا الا القصاص فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فامر
رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقصاص فقال انس بن النضر اتكسر ثنية
الربيع قال والذي بعثك بالحق نبيا لا تكسر ثنيتها فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم يا انس كتاب الله القصاص فرضي القوم فعفوا وقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم ان من عباد الله من لو اقسم على الله لابره
ووجه دلالته على ما نحن فيه انا علمنا ان اللطمة لو اتت على النفس لا

توجب القصاص ورأيناها فيما دون النفس قد أوجبته بحكمه عليه السلام فثبت بذلك إذ ما كان في النفس شبه عمد هو عمد فيما دونها ولا يتصور أن يكون فيه شبه عمد والله تعالى أعلم

باب ما يوجب القود وما لا يوجبه

قال رحمه الله يجب القصاص بقتل كل محقون الدم على التأبيد عمدا لما بينا وشرط أن يكون المقتول محقون الدم على التأبيد لتنتفي شبهة الإباحة عنه لأن القصاص نهاية في العقوبة فيستدعي الكمال في الجناية فلا يجب مع الشبهة واحترز بذلك عن المستأمن لأن دمه غير محقون على التأبيد **قال** رحمه الله ويقتل الحر بالحر وبالعبد وقال الشافعي رحمه الله لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد وهذا يقتضي مقابلة الجنس بالجنس ومن ضرورة المقابلة أن لا يقتل الحر بالعبد ولأن القصاص يعتمد المساواة ولا مساواة بينهما إذ الحر مالك والعبد مملوك والمالكية أمارة القدرة والمملوكية أمارة العجز قال الله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء فلا مساواة بينهما ولأن الحرية حياة والرق موت حكما ألا ترى أنه ينسب إلى معتقه بالولاء حتى يرث لأنه أحياه به ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرف العبد بالاتفاق مع أن الأطراف دون وأقل حرمة لكونه تبعا للنفس فلأن لا يجب في النفس وهي أعظم حرمة أولى بخلاف العكس لأنه تفاوت إلى نقصان فلا يمنع كما في المسلم والمستأمن ولأن الرق أثر الكفر وهو حيث شبهة الإباحة كحقيقة الكفر فصار كالمستأمن ولنا أن العمومات نحو قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله عليه السلام العمد قود ولا تعارض بما تلا لأن فيه مقابلة مقيدة وفيما تلونا مقابلة مطلقة فلا يحمل على العبد على أن مقابلة الحر بالحر لا ينافي مقابلة الحر بالعبد لأنه ليس فيه إلا ذكر بعض ما شمله العموم على موافقة حكمه وذلك لا يوجب تخصيص ما بقي ألا ترى أنه قال الأنثى بالأنثى والذكر بالذكر ثم لا يمنع ذلك مقابلة الذكر بالأنثى وكذا لا يمنع مقابلة العبد بالحر حتى يقتل به العبد بالإجماع فكذا بالعكس إذ لو منع ذلك لمنع العكس أيضا وفي مقابلة الأنثى بالأنثى دليل على جريان القصاص بين الحرة والأمة وفائدة هذه المقابلة في الآية على ما قال ابن عباس رضي الله عنهما كانت بين بني النضير وبين قريظة مقاتلة وكانت بنو قريظة أقل منهم عددا وكان بنو النضير أشرف عندهم فتواضعوا على أن العبد

من

من بني النضير بمقابلة الحر من بني قريظة والأنثى منهم بمقابلة الذكر من بني قريظة فأنزل الله تعالى الآية ردا عليهم وبيانا أن الجنس يقتل بجنسه على خلاف مواضعتهم من القبيلتين جميعا فكانت اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس ولأنهما مستويان في العصمة إذ هي بالدين عنده وبالدار عندنا وهي المعتبرة فيجري القصاص بينهما حسما لمادة الفساد وتحقيقا لمعنى الزجر ولو اعتبرت المساواة في غير العصمة لما جرى القصاص بين الذكر والأنثى والقصاص يجب باعتبار أنه آدمي ولم يدخل في الملك من هذا الوجه بل هو هو مبقى على أصل الحرية من هذا الوجه ولهذا يقتل العبد بالعبد وكذا يقتل العبد بالحر ولو كان مالا لما قتل وكذا عجزه وموته ونقصانه أثر كفره حكمي فلا يؤثر ذلك في سقوط العصمة ولا يورث شبهة ولو أورث شبهة لما جرى القصاص بين العبيد بعضهم ببعض ووجوب القصاص في الأطراف يعتمد المساواة في الجزء المبان بعد المساواة في العصمة ولهذا لا يقطع الصحيحة بالشلاء وفي النفس لا يشترط ذلك حتى يقتل الصحيح بالزمن وبالمفلوج ولا مساواة بين أطراف العبد والحر إلا في العصمة فأظهرنا أثر الرق فيما دون النفس لما أن العبد من حيث النفس آدمي مكلف خلق معصوما **قال** رحمه الله والمسلم بالذمي وقال الشافعي لا يقتل به لما روى الشعبي عن أبي جحيفة قال سألت عليا هل عندكم من رسول الله صلى الله عليه وسلم علم غير القرآن قال والذي فلق الحبة وبرأ النسمة ما عندنا من رسول الله صلى الله عليه وسلم سوى القرآن وما في الصحيفة قلت وما في الصحيفة قال العقل وفكاك الأسير وأن لا يقتل مسلم بكافر وعن قيس ابن عباد قال انطلقت أنا والأشتر إلى علي فقلنا هل عهد إليك رسول الله صلى الله عليه وسلم عهدا لم يعهده إلى الناس عامة قال لا إلا ما كان في كتابي هذا فأخرج كتابا من قراب سيفه فإذا فيه المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده الحديث ولأنه لا مساواة بينهما لقوله تعالى لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة ولأن الكفر يوجب النقصان والكافر كالميت قال الله تعالى أومن كان ميتا فأحييناه ولا مساواة بين الميت من وجه وبين الحي من كل وجه بخلاف ما إذا قتل ذمي ذميا ثم أسلم القاتل حيث يقتل به لوجود المساواة وقت القتل وهو المعتبر ولأن الكفر مبيح للقتل في الجملة فأورث شبهة كالملك مبيح للوطء في الجملة ثم هو يورث شبهة في الأخت من الرضاع حتى لا يحد إذا وطئها بملك اليمين ولنا ما تلونا من الكتاب

ومما روينا من السنة فانه باطلاقه يتناوله وقد صح عن عبد الرحمن بن البيلماني
ومحمد بن المنكدر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اتى برجل من المسلمين
قد قتل معاهدا من اهل الذمة فامر به فضرب عنقه فقال انا اولى من
وفى بذمته ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة على ما بينا في العبد
وقد وجدت نظرا الى الدار والى التكليف لان شرط التكليف القدرة على
ما كلف به ولا يتمكن من اقامة ما كلف به الا بدفع اسباب الهلاك عنه وذلك
بان يكون محرما التعرض ولا نسلم ان الكفر مبيح بنفسه بل بواسطة الحراب الا
ترى ان من لا يقاتل منهم لا يحل قتله كالشيخ الفاني والذراري وقد اندفع
الحراب بعقد الذمة فكان معصوما بلا شبهة ولهذا يقتل الذمي بالذمي
ولو كان في عصمته خلل لما قتل الذمي بالذمي كما لا يقتل المستأمن بالمستأمن
وقد قال علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم
كاموالنا وذلك بان تكون معصومة بلا شبهة كالمسلم ولهذا يقطع المسلم
بسرقة مال الذمي ولو كانت في عصمته شبهة لما قطع كما لا يقطع في سرقة مال
المستأمن لان المال تبع للنفس وامر المال اهون من النفس فلما قطع بسرقة
كان اولى ان يقتل بقتله لان امر النفس اعظم من المال الا ترى ان العبد لا
يقطع بسرقة مال مولاه ويقتل بقتل مولاه لما ذكرنا والذي يدل على
ما قلنا ان الذمي لو قتل ذميا ثم اسلم القاتل قبل ان يقتل قتل به
بالاجماع وهذا قتل مسلم بكافر فلولا ان المسلم يجب عليه القتل بقتل
الذمي ابتداء لما دام الوجوب لان حالة البقاء فيما في مثل هذا معتبرة
بالابتداء تعظيما لامر الدم الا ترى انه لو جرح مسلما فارتد المجروح
والعياذ بالله تعالى ثم مات من الجرح سقط القصاص وبعكسه لو جرح مرتدا
ثم اسلم المجروح لا يجب القصاص لما ذكرنا ومعنى قوله عليه السلام لا
يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهده اي بكافر حربي ولهذا لو عطف ذو
العهد وهو الذمي على المسلم تقديره لا يقتل مسلم ولا ذو عهد بكافر
حربي لان الذمي اذا قتل ذميا قتل به فعلم ان المراد به الحربي اذ هو لا يقتل
به مسلم ولا ذمي ولا يقال معناه لا يقتل ذو عهد مطلقا اي لا يحل
قتله فيكون ابتداء كلام لانا نقول هذا لا يستقيم لوجهين احدهما ان
ذو عهد مفرد وقد عطف على الجملة فيأخذ الحكم منها لان المعطوف ناقص
يأخذ الحكم من المعطوف عليه التام كما يقال قام زيد وعمرو ويقال قتل
زيد بعمرو وخالد اي كلاهما قام او قتل ولا يجوز ان نقدر له خبرا اخر ٥
والثاني ان المعنى يأبى ذلك لان المراد بسوق الكلام الاول نفي القتل

قصاصا

قصاصا لا نفي مطلق القتل فكذا الثاني تحقيقا للعطف اذ لا يجوز ذلك
البتة في المفرد ولا يقال معناه لا يقتل مسلم بكافر ولا بذي عهد اي
لا يقتل بكافر حربي ولا بذمي لانا نقول لو اريد ذلك المعنى كان لحنا اذ لا
يجوز عطف المرفوع على المجرور فلا يجوز نسبته الى رسول الله صلى الله عليه
وسلم لانه افصح العرب ولا يقال روي ذي عهد بالجر تعضد طرقه فيكون
معطوفا على الكافر فلا يدل على ما قلتم لانا نقول ان صح ذلك يحمل على الجر
بالمجاورة لا للعطف عليه حتى يشاركه في الحكم ومثله جائز قال الله تعالى
وامسحوا برؤسكم وارجلكم بالجر بالمجاورة وان لم يشاركه في الحكم فحملناه
عليه توفيقا بين الروايتين على الوجه الجائز وكذا الحديث الاول المراد
به الكافر الحربي والدليل عليه ان عبد الرحمن بن ابي بكر الصديق رضي الله عنهما
قال حين قتل عمر مررت على ابي لؤلؤة ومعه الهرمزان فلما بغتهم ثاروا
فسقط من بينهم خنجر له راسان ممسكه في وسطه فانطلق عبيد الله بن عمر
حين سمع ذلك من عبد الرحمن ومعه السيف حتى دعا الهرمزان فلما خرج
اليه قال انطلق حتى تنظر الى فرس لي ثم تاخر عنه حتى اذا مضى بين يديه
علاه بالسيف فلما وجد مس السيف قال لا اله الا الله وقال عبيد الله ثم
دعوت جفينة وكان نصرانيا فلما خرج الي علوته بالسيف فصلت بين
عينيه ثم انطلق عبيد الله فقتل ابنة ابي لؤلؤة صغيرة فلما استخلف
عثمان دعا المهاجرين والانصار فقال اشيروا الي في قتل هذا الرجل
فتق الدين ما فتق فاجتمع المهاجرون والانصار فيه على كلمة واحدة
يأمرونه بالشدة عليه ويحثونه على قتله وقال عمرو بن العاص لعثمان
قد عفاك الله من ان يكون بعدما بويعت وانما كان ذلك قبل ان يكون
لك على الناس سلطان فاعرض عنه وتفرق الناس عن خطبة عمرو بن العاص
والهرمزان وجفينة كانا كافرين واشار المهاجرون على قتل عبيد الله
بهما فمحال ان يريد النبي صلى الله عليه وسلم بالكافر الذمي ثم يشير المهاجرون
على قتل عبيد الله بالذمي وعلي فيهم وهو الراوي لهذا الحديث فثبت
بذلك ان المراد به الحربي ولا يقال لعل عثمان اراد قتله بابنة ابي
لؤلؤة لا بجفينة والهرمزان لانا نقول لو اراد ذلك لبينه انه يقتله
بها لا بهما لان الناس كانوا يقولون بين يديه ابعدهما الله فمحال ان
لا يبين ذلك مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بهذا القول من الناس
بين يديه فثبت بهذا ان المساواة من كل وجه لا تعتبر في وجوب القصاص
بل تعتبر المساواة في العصمة وقوله تعالى لا يستوي اصحاب النار واصحاب

أي في الفوز يدل عليه قوله تعالى أصحاب الجنة هم الفائزون فلا يلزم منه عدم الاستواء في العصمة لأن مثل هذا الكلام لا عموم له ألا ترى إلى قوله تعالى لا يستوي الأعمى والبصير وهو لا يستويان في البصر والعمى لا في كل الوصف ولهذا يجري القصاص بينهما لاستوائهما في العصمة وكذا نقصان حال الكافر بكفره لأنه لا يزيل عصمته فلا عبرة به كسائر الأوصاف الناقصة كالجهل والفسوق والأنوثة ولا نسلم أن كفره مبيح للقتل بل حرابه هو المبيح وقد ذكرناه غير مرة بخلاف ما ذكر من الملك في الأخت من الرضاع فإنه مبيح للوطء وإنما امتنع في الأخت المذكورة لعارض فأورث شبهة **قال** ولا يقتلان بمستأمن أي لا يقتل المسلم ولا الذمي بحربي دخل دارنا بأمان لأن دمه غير محقون على التأبيد فانعدمت المساواة وكذا كفره باعث على الحراب لقصده الرجوع إلى دار الحرب ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا لوجود المساواة بينهما ولا يقتل استحسانا لوجود المبيح **قال** والرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالأعمى وبالزمن وناقص الأطراف وبالمجنون يعني يقتل الرجل الصحيح بهؤلاء وهو معطوف على ما تقدم من قوله ويقتل الحر بالحر إلى آخره لا على ما يليه من قوله ولا يقتلان بمستأمن وإنما جرى القصاص بينهم لوجود المساواة بينهم في العصمة والمساواة فيها هي المعتبرة في هذا الباب ولو اعتبرت المساواة فيما وراءها لانسد باب القصاص ولظهر الفتن والتفاني **قال** والولد بالوالد لما تلونا ورويناه من العمومات ولما ذكرنا من المعاني **قال** ولا يقتل الرجل بالولد لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولأن الوالد لا يقتل ولده غالبا لوفور شفقته فيكون ذلك شبهة في سقوط القصاص ولأن الأب لا يستحق العقوبة بسبب ابنه لأنه سبب لإحيائه فمن المحال أن يكون الولد سببا لإفنائه ولهذا لا يقتله إذا وجده في صف المشركين مقاتلا أو زانيا وهو محصن وهذا لأن القصاص يستحقه الوارث بسبب انعقد للميت خلافة ولو قتل به كان القاتل هو الابن بنائبه **قال** والأم والجد والجدة كالأب سواء كانا من جهة الأب أو من جهة الأم وإن علوا لأن النص الوارد في الأب يكون واردا فيهم دلالة وكانت الشبهة شاملة للجميع في جميع صور القتل وقال مالك إن قتله ضربا بالسيف فلا قصاص عليه لاحتمال أنه قصد تأديبه وإن ذبحه ذبحا فعليه القصاص لأنه عمد لا شبهة فيه ولا تأويل بل جناية الأب أغلظ لأن فيه قطع الرحم فصار كمن زنا بابنته حيث يحد كمن زنا بالأجنبية والحجة عليه ما روينا وما بينا من المعنى وليس هذا كالزنا بابنته لأن الأب

لوفور شفقته يجتنب ما يضر ولده بل يتحمل الضرر عنه حتى يسلم ولده ولهذا هو العادة الفاشية بين الناس فلا يتوهم أنه يقصد قتل ولده فإن وجد ما يدل على ذلك فهو من العوارض النادرة فلا يتغير بذلك القواعد الشرعية ألا ترى أن السفر لما كان علته فيه المشقة غالبا كان له أن يترخص برخصة المسافرين ولا يتغير ذلك بما يتفق لبعضهم فيه من الراحة ولا كذلك الزنا **قال** ولا بعبده ومدبره ومكاتبه ولا بعبد ولده وبعبد ملك بعضه لما روينا ولأنه لو وجب القصاص لوجب له كما إذا قتله غيره ولا يجوز أن يجب له على نفسه عقوبة وكذا لا يستوجب ولده القصاص عليه لما بينا والقصاص لا يتجزى فإذا سقط في البعض لأجل أنه ملك البعض سقط في الكل لعدم التجزي **قال** وإن ورث قصاصا على أبيه سقط لما ذكرنا أن الابن لا يستوجب العقوبة على أبيه وصورة المسألة فيما إذا قتل الأب أخا امرأته ثم ماتت امرأته قبل أن تقتص منه فإن ابنهما منه يرث القصاص الذي لها على أبيه فيسقط لما ذكرنا وكذا إذا قتل امرأته ليس لابنها منه أن يقتله فيسقط القصاص **قال** وإنما يقتص بالسيف وقال الشافعي يفعل به مثل ما فعل في مثل تلك المدة إن قتله بفعل مشروع ثم إن مات بذلك فيها وإن لم يمت حز رقبته لأن المعتبر في القصاص المساواة ولهذا سمي قصاصا وإن قتله بفعل غير مشروع كاللواطة وسقي الخمر اختلف مشايخهم فيه فقال بعضهم يتخذ له مثل آلته من الخشب في اللواطة ويفعل به مثل ما فعل ويسقى الماء في سقي الخمر ويمهل قدر تلك المدة فإن مات وإلا حز رقبته لأنه أمكن المماثلة بهذا الطريق وقال بعضهم يحز رقبته ولا يفعل به مثل ما فعل لأنه غير مشروع بخلاف القتل بالحجر والسيف ونحوه لأنه مشروع ألا ترى أن الرجم مشروع وهو بالحجر وكذا قتال الكفار وهو بالسيوف ونحوه واستدل على ذلك بما روي عن أنس أن يهوديا رض برأس صبي بين حجرين فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرض رأسه بين حجرين ولقوله تعالى وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولأن فيه تحقيق القصاص الذي ينبئ عن المماثلة فيجب تحقيقها بالمساواة ذاتا ووصفا ولنا ما رواه سفيان الثوري بإسناده عن النعمان قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قود إلا بالسيف والمراد به الاستيفاء لا وجوب القصاص بالقتل بالسيف لأنه يجب إذا قتل بغيره كالنار إجماعا فدل ذلك على أن الاستيفاء لا يجوز بغيره ولأنه قتل واجب فيستوفى بالسيف كقتل المرتد وهذا لأن القتل المستحق لا يستوفى إلا بما لا يتخلف عنه

الموت ولو قطعت يده لا موت الا بالسراية وهي موهومة فلا يكون مشروعا ولانه
مثله وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنها وقال عليه السلام ان الله
عز وجل كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا
ذبحتم فاحسنوا الذبح وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته فامر النبي صلى
الله عليه وسلم بان يحسنوا القتلة وان يريحوا ما احل الله تعالى ذبحه
من الانعام فما ظنك في الادمي المحترم المكرم ولان جابرا رضي الله عنه
روي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا استقاد من الجرح حتى يبرا ولو كان
يفعل به مثل ما فعل لم يكن للاستيفا معنى لانه يجب القطع برئ او سرى
فلما ثبت الاستيفا المنتظر ما تؤول اليه الجناية علم ان المعتبر هو ما تؤول
اليه الجناية اذ سرت صارت قتلا ولا تعتبر الاطراف معه فيستوفي القصاص
عن النفس فقط كما قلنا فيما اذا كانت الجناية خطا فانه يستانى ولا
يقضي بشيء في الحال فقط كما قلنا فيما اذا كانت الجناية خطا فانه يستانى
ثم اذا سرت ومات منها يجب عليه دية النفس لا غير لكون الاطراف تبعا
لها وهذا يكشف لك ما ذكرنا من المعنى وما رواه يحتمل وجهين اما ان
يكون مشروعا ثم نسخ كما نسخت المثلة او يكون اليهودي ساعيا في الارض
بالفساد فيقتل كما يراه الامام ليكون اردع وهذا هو الظاهر لان قصد
اليهودي كان اخذ المال الا ترى الى ما يروى في الخبر عن انس بن مالك
انه قال عدا يهودي على جارية فاخذ اوضاحا كانت عليها الحديث وهذا
شان قطاع الطريق وهو يقتل باي شيء شا الامام وتاييد هذا المعنى
بما روي انه عليه السلام قتل اليهودي بخلاف ما كان قتل به الجارية
فانه روى ابو قلابة عن انس ان رجلا من اليهود رضخ راس جارية على حلي
لها فامر به النبي صلى الله عليه وسلم ان يرجم حتى قتل وايضا انه ما قتل
الا بقول الجارية انه قتلني وبمثله لا يجب القصاص فعلم بذلك انه كان
مشهورا بالسعي في الارض بالفساد والمراد بما تلي مثل الزيادة من جهة
مثل ما روي عن ابن عباس وابي هريرة انه لما قتل حمزة ومثل به قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم لئن ظفرت بهم لامثلن بسبعين رجلا منهم فانزل
الله عز وجل وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولئن صبرتم لهو خير
للصابرين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بل نصبر فصبر وكفر عن
يمينه وهذه مثلة وهي ايضا منسوخة **قال** مكاتب قتل عمدا وترك
وفاء ووارثه سيده فقط او لم يترك وفاء وله وارث يقتص اما الاول
وهو ما اذا ترك وفاء لا وارث له غير المولى فالمذكور هنا قولهما وعند

محمد

محمد لا يجب القصاص لان سبب الاستحقاق هنا قد اختلف على التقديرين
لان المولى يستحقه بالولاء ان مات حرا وبالملك ان مات عبدا فاشتبه الحال
فلا يستحق لان اختلاف السبب كاختلاف المستحق فيسقط اصلا كما اذا
كان له وارث غير المولى فصار كما لو قال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا وقال
المولى زوجتها منك لا يحل له وطيها لاختلاف السبب ولهما ان المولى
هو المستحق للقصاص على التقديرين بيقين وهو معلوم والحكم ايضا
متحد معلوم فلا يفضي اختلاف السبب الى المنازعة ولا الى اختلاف
حكم فلا يضر مجرد اختلاف السبب لان السبب لا يراد لذاته وانما يراد
لحكمه وقد حصل بخلاف المستشهد به لاختلاف حكم السببين فلا يدري
بايهما يحكم فلا يثبت الحل بدون تعين السبب واما الثاني وهو ما اذا لم
يترك وفاء وله وارث غير المولى فلانه مات رقيقا لانفساخ الكتابة بموته
لا عن وفا فظهر انه قتل عبدا عمدا فيكون القصاص لان العتق في البعض
لا ينفسخ بموته عاجزا ولان الاختلاف في انه يعتق كله او بعضه ظاهر فاثبته
المستحق فاورث ذلك شبهة كالمكاتب اذا قتل عن وفا وقوله او لم يترك
وفا وله وارث اشتراط الوارث وقع اتفاقا فانه اذا لم يكن له وارث ايضا
الحكم كذلك لموته رقيقا او ذكر ذلك لينبه على انه لا فرق بين ان يكون
له وارث او لم يكن بخلاف المسئلة الاولى **قال** وان ترك وفا ووارثا
لا الى لا يقتص وهذا بالاجماع وان اجتمع المولى والوارث لاشتباه من له
الحق لانه ان مات حرا كما قال علي وابن مسعود رضي الله عنهم فالقصاص
للمولى **قال** وان قتل عبد الرهن لا يقتص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لان
المرتهن لا يليه لعدم الملك وكذا الراهن لا يليه لما فيه من ابطال حق
المرتهن في الدين لانه لو قتل القاتل لبطل حق المرتهن في الدين لهلاك
الرهن بلا بدل وليس للراهن ان يتصرف تصرفا يؤدي الى ابطال حق الغير
وذكر في العيون والجامع الصغير لفخر الاسلام انه لا يثبت لهما القصاص
وان اجتمعا لجعلاه كالمكاتب الذي ترك وفا ووارثا ولكن الفرق
بينهما ظاهر فان المرتهن لا يستحق القصاص لانه لا ملك له ولولا ذلك لاشتبه
من له الحق بخلاف المكاتب على ما بينا وان قتل العبد المبيع قبل القبض
فالقصاص للمشتري ان اجاز البيع وان نقض فللبائع لان البيع ارتفع وظهر
انه المالك وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف هو كذلك ان اجاز
البيع لما بينا وان فسخ فلا قصاص للبائع لعدم ملكه عند الجناية فلم
ينعقد موجبا له ووجبت له القيمة وعند محمد تجب القيمة في الوجهين

لا استيفاء المستحق قال رحمه الله ولأبي المعتوه القود والصلح لا
العفو بقتل وليه اي اذا قتل ولي المعتوه فلابيه ان يقتل قصاصا
وله ان يصالح على مال وليس له ان يعفو اما القتل فلان القصاص
شرع للتشفي ودرك الثار وكل ذلك راجع الى النفس ولابيه ولاية
على نفسه فيليه كالانكاح بخلاف الاخ وامثاله حيث لا يكون لهم ولاية
استيفاء قصاص وجب للمعتوه لان الاب لوفور شفقته جعل التشفي الحاصل
له كالحاصل للابن ولهذا يعد ضرر ولده ضررا على نفسه بخلاف الاخ
والعم واما الصلح فلانه انفع له من القود فلما ملك القود كان الصلح
بالطريق الاولى هذا اذا صالح على قدر الدية او اكثر منه وان صالح على اقل
منه لا يصح وتجب الدية كاملة واما العفو فلانه ابطال لحقه بلا عوض
ولا مصلحة فلا يجوز وكذا للاب اذا قطعت يد المعتوه عمدا لما بينا والوصي
كالاب في جميع ما ذكرنا الا في القتل فانه لا يقتل لان القتل من باب
الولاية على النفس حتى لا يملك تزويجه ويدخل تحت هذا الاطلاق
الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف اذ لم يستثن الا القود
في النفس وذكر في كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح في النفس لان
الصلح فيها بمنزلة الاستيفاء وهو لا يملك الاستيفاء ووجه المذكور هنا
وهو المذكور في الجامع الصغير ان المقصود من الصلح المال والوصي
يتولى التصرف فيه كما يتولاه الاب بخلاف القصاص لان المقصود التشفي
وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال بل
اولى وقالوا القياس ان لا يملك الوصي التصرف في الطرف كما لا يملكه
في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان
الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالمال
فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف فيه والقاضي بمنزلة الاب فيه في
الصحيح الا ترى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي
بمنزلته فيه فهذا اولى له والصبي كالمعتوه فيه لما عرف في موضعه
قال رحمه الله والقاضي كالاب والوصي يصالح فقط والصبي كالمعتوه
وقد بينا ذلك كله في اثناء الكلام قال وللكبار القود قبل كبر
الصغار يعني اذا كان القصاص مشتركا بين الصغار والكبار بان قتل لهم
ولي جاز للكبار ان يقتلوا القاتل قبل ان يبلغ الصغار وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس لهم ذلك حتى يبلغ الصغار لانه مشترك
بينهم لان الكبار لا ولاية لهم على الصغار حتى يستوفوا حصتهم ولا يمكن استيفاء

البعض لعدم التجزي ولا الكل لعدم الولاية عليهم وفيه ابطال حقهم
بغير عوض يحصل لهم فيتعين التاخير الى ادراكهم كما اذا كان معهم
كبير غايب او كان بين الموليين واحدهما صغير بخلاف ما اذا عفا
الكبير حيث يصح وان بطل بذلك حقه في القصاص لان بطلانه بعوض
فيجعل كلا بطلان ولابي حنيفة رضي الله عنه ما روي ان عبد الرحمن
ابن ملجم حين قتل عليا رضي الله عنه قتل به وقد كان في اولاد علي رضي
الله عنه صغار ولم ينتظر بلوغهم وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير
نكير فيحل محل الاجماع ولانه حق لا يتجزى لان سببه وهو القرابة
لا يتجزى فيثبت لكل واحد منهم كملا كما في ولاية الانكاح ولهذا لو
استوفاه بعض الاولياء لا يضمن شيئا للقاتل ولو لم يكن له قتله لضمن
كالاجنبي وكذا للباقين وكذا للصغار في مسئلتنا بخلاف ما اذا كان
معهم كبير غايب لانه انما لا يستوفيه بعضهم فيه مع غيبة شريكه الكبير
لاحتمال العفو من الغايب وفي الصغير احتمال العفو منقطع في الحال فافترقا
وبخلاف ما اذا كان بين الموليين واحدهما صغير لان السبب فيه الملك
او الولاء وهو غير متكامل وفي مسئلتنا السبب القرابة وهي متكاملة ولهذا
لا يزوج احد المولين الامة المشتركة بينهما او المعتقة لهما وفي القرابة
يزوج فيجعل كل واحد منهم كانه ليس معه غيره فينفرد به ولو كان
الكبير وليا للصغير بمنزلة التصرف في ماله كالاب والجد يستوفيه الكبير
قبل ان يبلغ الصغير باجماع اصحابنا سواء كانت الولاية لهما بالملك او
بالقرابة وان كان وليا للصغير لا يقدر على التصرف في المال كالاخ والعم
فعلى الخلاف وان كان الكبير اجنبيا من الصغير لا يملك الكبير الاستيفاء
بالاجماع حتى يبلغ الصغير وعند الشافعي لا يملك الكبير الاستيفاء في الكل
قال وان قتله بمر يقتص ان اصابه الحديد والا لا كالخنق والتغريق
هذا اذا اصابه بحد الحديدة من غير خلاف وان اصابه بظهرها او بالعود
او الخنق او التغريق فهو على الخلاف الذي ذكرناه في اول الكتاب وقد
ذكرنا الدلايل من الجانبين هناك فلا نعيده قال ومن جرح رجلا عمدا
وصار ذا فراش ومات يقتص لان الجرح سبب ظاهر لموته فيحال الموت
عليه ما لم يوجد ما يقطعه كحز الرقبة او البرء منه قال واذا مات
بفعل نفسه وزيد واسد وحية ضمن زيد ثلث الدية لان فعل الاسد
والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والاخرة وفعله بنفسه جنس
اخر لكونه هدرا في الدنيا معتبرا في الاخرة حتى يأثم به وفعل زيد معتبر

في الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة أجناس هدر مطلقا ومعتبر مطلقا
وهدر من وجه دون وجه وهو فعله بنفسه فيكون الثلث بفعل
كل واحد ثلثه فيجب على زيد ثلث الدية ثم إن كان فعل زيد عمدا يجب
الدية عليه في ماله وإلا فعلى العاقلة لما عرف في موضعه قال ومن
شهر على المسلمين سيفا وجب قتله ولا شيء بقتله لقوله عليه السلام
من شهر على المسلمين سيفا فقد أبطل دمه ولأن دفع الضرر واجب
فوجب عليهم قتله إذا لم يمكن دفعه إلا به ولا يجب على القاتل شيء لأنه
صار باغيا بذلك وكذا إذا شهر على رجل سلاحا فقتله أو قتله
غيره دفعا عنه فلا يجب بقتله شيء لما بينا ولا يختلف بين أن يكون
بالليل أو بالنهار في المصر وخارج المصر لأن السلاح لا يلبث وإن
شهر عليه عصا فكذلك إن كان ليلا أو نهارا خارج المصر لأنه لا يلحقه
الغوث بالليل ولا في خارج المصر فكان له دفعه بالقتل بخلاف ما إذا
كان في المصر وقيل إذا كان عصا لا يلبث يحتمل أن يكون مثل السلاح
عندهما فيجوز قتله في المصر نهارا كما في السيف قال ومن شهر على
رجل سلاحا ليلا أو نهارا في مصر أو غيره أو شهر عليه عصا ليلا في مصر أو
نهارا في غيره فقتله المشهور عليه فلا شيء عليه لما بينا أن المقتول
والمقتول قال وإن شهر عصا نهارا في مصر فقتله المشهور عليه قتل
به لأن العصا يلبث والغوث غير منقطع في المصر فكان بالقتل متعديا
وهذا عند أبي حنيفة ظاهر لأنه ليس كالسلاح عنده وقيل عندهما يحتمل
أن يكون على الخلاف المذكور في شبه العمد لأنه كالسلاح عندهما حتى يجب
القصاص بالقتل به وقد بيناه قال وإن شهر المجنون على غيره سلاحا
فقتله المشهور عليه عمدا تجب الدية وعلى هذا الصبي والدابة وعن
أبي يوسف رحمه الله لا تجب الدية في الصبي والمجنون وقال الشافعي
رحمه الله لا يجب الضمان في الكل لأنه قتله دافعا عن نفسه فصار كالبالغ
العاقل وهذا لأنه يصير محمولا على قتله بفعله بأن قال له اقتلني
وإلا قتلتك وكون الدابة مملوكة للغير لا تأثير له في وجوب الضمان
كالعبد إذا شهر سيفا على رجل فقتله فإنه لا يجب عليه الضمان فكذا
هذا فصار كالصيد إذا صال على المحرم فقتله ولأبي يوسف أن فعل الصبي
والمجنون معتبر في الجملة ولهذا إذا أتلفا مالا أو نفسا وجب عليهما الضمان
لأن العجماء جبار وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق المالك فكان فعلهما
مسقطا لعصمتهما فلا يضمنان وتضمن الدابة بخلاف الصيد إذا صال

على المحرم أو صيد الحرم على الحلال لأن الشارع أذن في قتله ولم يوجب علينا
تحمل أذاه ألا ترى أن الخمس الفواسق أباح قتلها مطلقا لتوهم الأذى
منها فما ظنك عند تحقق الأذى ومالك الدابة لم يأذن فيجب الضمان
به وكذا عصمة عبد الغير لحق نفسه وفعله محظور فسقط به عصمته ولنا
أن الفعل من هذه الأشياء غير متصف بالحرمة فلم يقع بغيا فلا تسقط العصمة
به لعدم الاختيار الصحيح ولهذا لا يجب القصاص على الصبي والمجنون
بقتلهما ولا الضمان بفعل الدابة فإذا لم يسقط كان قضيته أن يجب القصاص
لأنه قتل نفسا معصومة إلا أنه لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع
الشر فتجب الدية قال ولو ضربه الشاهر فانصرف فقتله الآخر
قتل القاتل معناه إذا شهر رجل على رجل سلاحا فضربه الشاهر
فانصرف ثم إن المضروب وهو المشهور عليه ضرب الضارب وهو الشاهر
فقتله فعليه القصاص لأن الشاهر لما انصرف بعد الضرب عاد معصوما
مثل ما كان لأن حل دمه كان باعتبار شهره وضربه فإذا انكف على وجه
لا يريد ضربه ثانيا اندفع شره فلا حاجة إلى قتله لاندفاع شره بدونه
فعادت عصمته فإذا قتله بعد ذلك فقد قتل شخصا معصوما ظلما
فيجب عليه القصاص قال ومن دخل عليه غيره ليلا فأخرج السرقة
فاتبعه فقتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام قاتل دون مالك
أي لأجل مالك ولأن له أن يمنعه بالقتل ابتداء فكذا له أن يسترده به
انتهاء إذا لم يقدر على أخذه منه إلا به ولو علم أنه لو صاح عليه يطرح ماله
فقتله مع ذلك يجب القصاص عليه لأنه قتله بغير حق وهو بمنزلة
المغصوب منه إذا قتل الغاصب حيث يجب عليه القصاص لأنه يقدر
على دفعه بالاستغاثة بالمسلمين والقاضي فلا يسقط عصمته بخلاف السارق
الذي لا يندفع بالصياح

باب القصاص فيما دون النفس

قال رحمه الله ويقتص بقطع اليد من المفصل وإن كانت يد القاطع أكبر وكذا
الرجل ومارن الأنف والأذن والعين إذا ذهب ضوءها وهي قائمة وإن
قلعها لا والسن وإن تفاوتا وكل شجة تتحقق فيها المماثلة لقوله تعالى
والجروح قصاص أي ذو قصاص ولقوله تعالى والسن بالسن والقصاص
ينبئ عن المماثلة فكل ما أمكن رعاية المماثلة فيه يجب القصاص وما لا
فلا وقد أمكن في هذه الأشياء التي ذكرها ولا معتبر بكبر العضو لأنه
لا يوجب التفاوت في المنفعة ويمكن رعاية المماثلة في العين إذا ضربت
وذهب ضوءها وهي قائمة بأن تحمى لها المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب

ولبعد عينه الاخرى ثم تقرب المراة من عينه بخلاف ما اذا انقلعت حيث لا
يقتص منه لعدم امكان رعاية المماثلة وكانت هذه الحادثة وقعت في زمن
عثمان فشاور الصحابة فقال علي يجب القصاص فبين امكان الاستيفا
بالطريق الذي ذكرناه ثم هنا لم يعتبر الكبر والصغر في العضو حتى اجري
القصاص في الكل باستيفا الكل واعتبر في الشجة في الراس اذا كانت
استوعبت راس المشجوج ولم تستوعب راس الشاج فانه يثبت للمشجوج الخيار
ان شا اخذ الارش وان شا اقتص واخذ بقدر شجته وانما كان كذلك لان
ما يلحقه من الشين اكثر لان الشجة المستوعبة لما بين قرنيه اكثر شينا من الشجة
التي لا تستوعب بين قرنيه بخلاف قطع العضو فان الشين فيه لا يختلف
وكذا منفعته لا تختلف فلم يكن له الا القصاص لوجود المساواة فيه
من كل وجه قال ولا قصاص في عظم لقوله عليه السلام لا قصاص الا
في العظم وقال عمر وابن مسعود لا قصاص في عظم الا في السن وهو المراد
بالحديث ولو وضع صاحب الكتاب ولان القصاص يبنى على المساواة وقد
تعذر اعتبارها في غير السن واختلفوا في السن هل هو عظم او طرف
عصب يابس فمنهم من ينكر انه عظم لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ويلين
بالخل فعلى هذا لا يحتاج الى الفرق بينه وبين ساير العظام لانه ليس بعظم
فلعل صاحب الكتاب ترك السن لذلك لانه لم يدخل تحت الاسم وكذا في
الحديث لم يستثنه ولين قلنا انه عظم فالفرق بينه وبين ساير العظام
ان المساواة فيه ممكن بان يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منه وكذا ان قلع
سنه منه فانه لا يقلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فيه فربما
تفسد لهاته ولكن يبرد بالمبرد الى موضع اصل السن كما ذكره في النهاية
معزيا الى الذخيرة والمبسوط قال ولا في رجل وامراة وحر وعبد
وعبدين اي لا قصاص في الطرف بين رجل وامراة ولا بين حر وعبد
ولا بين عبدين وقال الشافعي رضي الله عنه يجب القصاص في جميع ذلك
الا في الحر يقطع طرف العبد لان الاطراف تابعة للانفس وشرع القصاص
فيها للالحاق بالانفس ففي كل موضع يجري القصاص في النفس يجري في
الطرف وما لا فلا ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها
وقاية الانفس كالاموال ولا مماثلة بين طرف الذكر والانثى للتفاوت
بينهما في القيمة بتقويم الشارع ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين
للتفاوت في القيمة وان تساويا فيها فذلك بالحزر والظن وليس
بيقين فصار شبهة فامتنع القصاص بخلاف طرف الحرين لان استواءهما

متيقن

٤٤٥

متيقن به بتقويم الشرع وبخلاف الانفس لان القصاص فيها تتعلق
بازهاق الروح ولا تفاوت فيه قال رحمه الله وطرف الكافر والمسلم
سيان اي مثلان فيجري القصاص بينهما للتساوي في الارش وقال
الشافعي لا يجري لما ذكرنا من اصله قال رحمه الله وقطع يد من نصف
ساعد وجائفة برا منها ولسان وذكر الا ان تقطع الحشفة اي لا قصاص
في هذه الاشيا لعدم امكان المماثلة فيها لان في القطع من نصف الساعد
كسر العظم ويتعذر التساوي فيه اذ لا ضابط له وفي الجائفة البرء نادر
فلا يمكن ان يجرح الثاني جائفة على وجه يبرا منه فيكون اهلاكا فلا
يجوز والذكر واللسان ينقبضان وينبسطان فلا يمكن اعتبار المماثلة
فيهما الا ان تقطع من الحشفة لان موضع القطع معلوم فصار كالمفصل
وعن ابي يوسف انه اذا قطع من اصلهما يجب القصاص لامكان اعتبار المماثلة
والحجة عليه ما بيناه ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر او بعض اللسان
لا يجب القصاص لانه ليس له حد معلوم بخلاف ما اذا قطع كل الاذن او بعضه
لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد معلوم فيمكن اعتبار المماثلة فيه وفي الشفة
اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المماثلة فيها بخلاف
ما اذا قطع بعضها لتعذر اعتبار المماثلة فيه قال وخير بين الارش
والقود ان كان القاطع اشل او ناقص الاصابع او كان راس الشاج
اكبر اما الاول وهو ما اذا كانت يد القاطع شلا او ناقصة الاصابع
ويد المقطوع صحيحة كاملة الاصابع فلان استيفا حقه كاملا متعذر
فيتخير بين ان يتجوز بدون حقه في القطع وبين ان ياخذ الارش كاملا
كمن اتلف مثليا لا نسان فانقطع عن ايدي الناس ولم يبق منه الا رديا
فانه يتخير بين ان ياخذ الموجود ناقصا وبين ان يعدل الى القيمة
ثم اذا استوفى القصاص سقط حقه في الزيادة وقال الشافعي يضمن النقصان
لانه قدر على استيفا البعض فيستوفي ما قدر عليه وما تعذر استيفاؤه
يضمنه ولنا ان الشلل وصف فلا يضمن بانفراده فصار كما اذا تجوز بالردي
مكان الجيد ولو سقطت يد المعيبة قبل اختيار المجني عليه بطل حقه ولا
شي له عليه لان حقه متعين في القصاص عندنا لما مر ان موجب العمد القود
عينا وحقه ثابت فيه قبل اختياره المال كما اذا كانت صحيحة فاذا فات
المحل بطل الحق بخلاف ما اذا قطعت بقود او سرقة حيث يجب عليه
ارش اليد وقال الشافعي يجب الارش في الموضعين لان وجوب المال عنده
اصل كالقود فاذا تعذر استيفا القود تعين المال ولنا ان القود هو

هو المتعين على ما بينا فيفوت بفوات المحل كما اذا مات من عليه القصاص في النفس غير انه اذا قطعت يده بقصاص او سرقة فقد اوفى به حقا مستحقا عليه فسلمت له معنى فيغرم للاول بخلاف النفس اذا وجب على القاتل القصاص لغيره فقتل به حيث لا يضمن لانها ليست في معنى المال فلم يسلم له. واما الثاني وهو ما اذا كان رأس الشاج اكبر بان كانت الشجة استوعبت بين قرني المشجوج وهي لا تستوعب بين قرني الشاج فلان الشجة انما كانت موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادتها وفي استيفا ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل وباستيفا قدر حقه لا يلحق الشاج من الشين مثل ما يلحق المشجوج فيتخير كما في الشلاء والصحيحة ثم لو اختار القود يبدأ من اي الجانبين شاء لان حقه في ذلك المحل وكان له ان يفعل وفي عكسه وهو ما اذا كان رأس المشجوج اكبر يتخير ايضا لتعذر الاستيفا كاملا لما فيه من زيادة الشين وكذا اذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تأخذ من جبهته الى قفاه ولا تأخذ الى قفا الآخر فهو بالخيار لما ذكرنا وذكر الطحاوي ومضى على الرازي الكبير انه لا قصاص ولا خيار له لان القصاص فيما دون النفس يعتبر المساواة في المحل لا ينظر الى الصغر والكبر كما في اليد وجوابه ان القصاص في الشجة لاجل الشين وهو متفاوت في الصغر والكبر وفي قطع اليد لفوات منفعة البطش وهي لا تتفاوت ولعل الصغيرة انفع من الكبيرة فافترقا

فصل قال رحمه الله واذا صولح على مال وجب اي صالح حالا اي سقط القود اي اذا صولح القاتل عليها اي عن القصاص سقط القصاص ووجب المال المصالح عليه حالا قليلا كان او كان كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الاية قال ابن عباس رضي الله عنهما نزلت الاية في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين بين ان يأخذوا المال وبين ان يقتلوا والمراد والله اعلم اخذ المال برضا القاتل على ما بينا ولانه حق ثابت له يجري فيه العفو مجانا فكذا تعويضا لاشتماله على الاوصاف الجميلة من احسان الولي واحيا القاتل بخلاف حد القذف لان الغالب فيه حق الله تعالى ولا يجري فيه العفو فكذا التعويض والقليل والكثير فيه سوا لانه ليس فيه شيء مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع والكتابة والاعتاق على مال بخلاف ما اذا كان القتل خطا حيث لا يجوز بالاكثر من الدية لانه دين ثابت في الذمة فيكون اخذ الاكثر منه ربا وانما وجب حالا لانه دين ثابت في الذمة فيكون اخذ الاكثر منه ربا وانما وجب حالا لانه دين وجب بالعقد والاصل في مثله الحلول كالثمن والمهر بخلاف الدية

لانها لم تجب بالعقد وانما سقط القود لانه موجب العقد ولانه لم يرض ببذل المال الا مقابلا به فيتوفر عليه مقصوده **قال** وتنصف ان امر الحر القاتل وسيد القاتل رجلا بالصلح عن دمهما على الف ففعل معناه لو كان القاتل حرا وعبدا فامر الحر القاتل ومولى العبد القاتل رجلا بان يصالح عن دمهما على الف درهم ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان لانه مقابل بالقصاص وهو عليهما على السوا فينقسم بدله عليهما على السوا ولان الالف وجب بالعقد وهو مضاف اليهما فيتنصف موجبه وهو الالف **قال** فان صالح احد الاولياء من حظه على عوض او عفا فلمن بقي حظه من الدية لان كل واحد منهم متمكن من التصرف في نصيبه استيفا واسقاطا بالعفو وبالصلح لانه يتصرف في خالص حقه فينفذ عفوه وصلحه فيسقط به حقه في القصاص ومن ضرورته سقوط حق الباقين ايضا فيه لانه لا يتجزى الا ترى انه لا يتجزى ثبوتا فكذا سقوطا بخلاف ما لو قتل رجلين فعفا اوليا احدهما حيث يكون لاوليا الاخر قتله لان الواجب فيه قصاصان لاختلاف القتل والمقتول فبسقوط احدهما لا يسقط الاخر الا ترى انهما يفترقان ثبوتا فكذا انتفا بخلاف ما نحن فيه فاذا سقط انقلب نصيب من لم يعف مالا لانه تعذر استيفاؤه لمعنى في القاتل وهو ثبوت عصمة القاتل بعفو البعض عن القصاص فيجب المال كما في الخطا فان سقوط القصاص فيه لمعنى في القاتل وهو كونه مخطئا ولا يجب للعافي شيء لانه اسقط حقه المتعين بفعله ورضاه بلا عوض بخلاف شركائه لعدم ذلك منهم فينقلب نصيبهم مالا والورثة كلهم في ذلك سوا وقال مالك والشافعي لا حق للزوجين في القصاص ولا في الدية لان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت وقال ابن ابي ليلى لا يثبت حقهما في القصاص لان سبب استحقاقهما العقد والقصاص لا يستحق بالعقد الا ترى ان الموصى له لا يثبت له حق في القصاص لان المقصود في القصاص التشفي والانتقام وذلك يختص به الاقارب الذين ينصر بعضهم بعضا ولهذا لا يكون احدهما عاقلة الاخر لعدم التناصر ولنا قوله عليه السلام من ترك مالا او حقا فلورثته ومن ترك كلا فعلي والقصاص حقه فيكون لجميعهم كالمال وامر عليه السلام بتوريث امرأة اشيم الضبابي من دية زوجها اشيم ولان القصاص حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بينهما للصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية

بموته بعد الموت حكما في حق الوارث او يثبت للوارث مستندا الى سببه وهو الجرح ٥
وكان علي رضي الله عنه يقسم الدية على من احرز الميراث والدية حكمها حكم سائر
الاموال ولهذا لو اوصى بثلث ماله تدخل الدية فيه والقصاص بدل النفس
كالدية فيورث كسائر امواله ولهذا لو انقلب مالا تقضى به ديونه وتنفذ
فيه وصاياه واستحقاق الوارث بالزوجية كاستحقاقه بالقرابة لا بالعقد
الا ترى انه لا يرتد بالرد بخلاف الوصية وبهذا يتبين ان الاستحقاق ليس
بالعقد بل بحكم العقد ولا يلزم من عدم التناصر والعقل عدم الارث
للقصاص الا ترى ان الصغيرة النساء لا قاربهن العقل ويرثن القصاص
والدية وافرد منه ان المراة لا تعقل عنها ابناؤها الكبار ويرثونها وقال
الشافعي لاحظ للنساء الا قارب في استيفاء القصاص ولهن حق العفو لان
المراة ليست من اهل القتل لضعفها ولهذا لا تقتل الكافرة الاصلية
ولا يوضع عليها الجزية الواجبة مكان القتل فصارت في حق الاستيفاء ٥
كالصغيرة والحجة عليه ما بيناه وقوله انها ليست من اهل القتل قلنا
انها ان لم تقدر توكل فانها من اهل التوكيل قال ويقتل الجمع بالفرد
والقياس ان لا تقتل لعدم المساواة ولكن تركناه باجماع الصحابة رضي الله
عنهم وروي ان سبعة من اهل صنعا قتلوا واحدا فقتلهم عمر رضي الله عنه
وقال لو تمالأ عليه اهل صنعا لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب
غالب والقصاص شرع لحكمة الزجر فيجعل كل واحد منهم كالمنفرد به
فيجري القصاص عليهم جميعا تحقيقا لمعنى الاحياء ولولا ذلك للزم سد باب
القصاص وفتح باب التغالب اذ لا يوجد القتل من واحد غالبا لانه
يقاومه الواحد فلم يقدر عليه فلم يحصل الا نادرا والزاجر شرع فيما يغلب
لا فيما يندر ولان زهوق الروح لا يتجزى واشتراك الجماعة فيما لا يتجزى
يوجب التكامل في حق كل واحد منهم فيضاف الى كل واحد منهم كملا كانه ليس
معه غيره كولاية الانكاح في باب النكاح قال رحمه الله والفرد
بالجمع اكتفاء اي يقتل الفرد اذا قتل جماعة ويكتفى بذلك وقال الشافعي
يقتل بالاول منهم ان قتلهم على التعاقب ويقضى بالدية لمن بعده في تركته
لان العاقلة لا تعقل العمد وان قتلهم جميعا او لم يعرف الاول يقرع
بينهم ويقضى بالقود لمن خرجت له القرعة وبالدية للباقين وقيل لهم
جميعا ويقسم الديات بينهم لان الموجود منه قتلات وما تحقق في حقه
قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا انا تركناه
بما ذكرنا على ما بيناه ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل

الا

الا ترى ان الواجب في الفصل الاول وهو ما اذا قتل جماعة واحدا
القصاص ولولا ان التماثل ثابت لما وجب القصاص وهذا لان
التماثل اسم مشترك فمن ضرورة كون احد الشيئين مثلا للاخر ان يكون
الاخر مثلا له كاسم الاخ والزوج فوجوب القصاص فيه دليل على انه مثل
له اذ هو لا يجب في كل موضع يتعذر اعتبار المماثلة فيه ككسر العظم
او يتوهم عدم المماثلة فيه كالجائفة فان الثاني لما توهم فوته باعتبار
الغالب امتنع القصاص قال فان حضر واحد قتل له وسقط حق
البقية لموت القاتل اي اذا حضر ولي واحد من المقتولين قتل لهم وسقط
حق اولياء بقية المقتولين لما سقط بموت القاتل حتف انفه لفوات
محل الاستيفاء وصار كموت العبد الجاني وفيه خلاف الشافعي رحمه الله
لان الواجب عنده احدهما على ما بينا فاذا فات احدهما تعين الاخر كما
قال لامراتيه احداكما طالق او قال لعبديه احدكما حر فمات احدهما
تعين الاخر لفوات المحل قال ولا تقطع يد رجلين بيد معناه
اذا قطع رجلان يد رجل فلا قصاص على واحد منهما وقال الشافعي
تقطع ايديهما والمراد اذا اخذ سكينا واحدا من جانب وامراها على يده
حتى انفصلت هو يعتبرها بالانفس لان الاطراف تابعة لها وملحقة
بها فاخذت حكمها بخلاف ما اذا امر احدهما السكين من جانب والاخر
من جانب اخر حتى التقى السكينان في الوسط وبانت اليد حيث لا يجب القصاص
فيه على واحد منهما لانه لم يوجد من كل واحد منهما امرار السلاح الا على بعض
العضو ولنا ان كل واحد منهما قاطع للبعض اذ ما انقطع بقوة احدهما
لم ينقطع بقوة الاخر فلا يجوز ان يقطع الكل بالبعض والاثنين بالواحد
لانعدام المساواة فصار كما اذا امر كل واحد من جانب اخر بخلاف النفس
فان الشرط فيها المساواة في العصمة لا غير وفي الطرف يعتبر المساواة
في النفع والقيمة ولهذا لا تقطع الصحيحة بالشلاء والنفس السالمة
عن العيوب تقتل بالمفلوج والمشلول فكذا الاثنان بالواحد فلا يمنع
القصاص على النفس ولان زهوق الروح لا يتجزى فاضيف الى كل واحد
كملا وقطع العضو يتجزى الا ترى انه يمكن ان يقطع البعض ويترك الباقي
وفي القتل لا يمكن ذلك ولهذا لو امر احدهما السكين على قفاه والاخر
على حلقه حتى التقيا في الوسط ومات منهما يجب القصاص وفي اليد
لا يجب ولان القتل بطريق الاجتماع غالب مخافة الغوث لا في القطع
لانه يحتاج الى مقدمات بطيئة تلحقه الغوث بسببها كالشد او نحوه

ثبت وجوب القصاص في النفس بالاثر والاجماع على خلاف القياس والطرف ليس مثلها فلا يلحق بها **قال** وضمان الدية على القاطعين دية اليد المقطوعة لان التلف حصل بفعلهما فتجب عليهما نصف الدية على كل واحد منهما الربع فتجب من مالهما لان العاقلة لا تتحمل العمد **قال** وان قطع واحد يمنى رجلين فلهما ان يقطعا يمينه ونصف الدية يعني اذا حضرا معا سواء كان القطع جملة واحدة او على التعاقب وقال الشافعي رحمه الله ان قطعهما على التعاقب يقطع للاول منهما ويغرم ارش اليد للثاني لان اليد صارت مستحقة له قصاصا فمنع استحقاقها الثاني بالقطع فصار كما اذا رهن شيئا من انسان ثم رهنه من آخر بعد التسليم الى الاول وان قطعهما معا يقرع بينهما ويكون القصاص لمن خرجت له قرعته والارش للاخر لان اليد الواحدة لا تفي بالحقين وليس احدهما اولى بها من الاخر فوجب المصير الى القرعة ولنا ان المساواة في سبب الاستحقاق توجب المساواة في الاستحقاق ولا معتبر بالتقدم والتاخر كالغريمين في التركة وهذا لان حق كل واحد منهما ثابت في كل اليد لتقرر السبب في حق كل واحد منهما وهو القطع وكونه مشغولا بحق الاول لا يمنع تقرر السبب في حق الثاني ولهذا لو كان القاطع لهما عبدا استويا في استحقاق رقبته ولو كان يثبت بالاول لما شاركه الثاني بخلاف الرهن لانه استيفاء حكما فلا يثبت للثاني بعد ما ثبت للاول كالاستيفاء حقيقة ولان المرتهن حقه ثابت في المحل حتى يحبسه بحقه ويكون خصما فيه اذا استهلك ويقبض بدله فيكون رهنا مكانه وليس كذلك المقطوع يده فانه لم يثبت حقه في المحل وانما ثبت له حق التصرف فيه تصرفا يفضي الى قطع اليد والمحل خال عن حقه كما في القصاص في النفس ولهذا اذا قطعت يده لا يطالب القاطع بشيء ولو كان حقه ثابتا فيها لطالبه به كالمرتهن فاذا لم يمنع الاول ثبوت حق الثاني فيها استويا فيها فيقطع لهما اذا حضرا معا لعدم الاولوية ويقضي لهما بنصف الدية يقتسمانه نصفين لاستوائهما بخلاف ما اذا كان القصاص في النفس حيث يكتفى بالقتل لهما ولا يقضي لهما بالدية لما بينا من الفرق فيما تقدم

قال وان حضر واحد فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفي حقه ولا يجب عليه التاخير حتى يحضر الاخر لثبوت حقه بيقين وحق الاخر متردد لاحتمال ان لا يطلب او يعفو مجانا او صلحا فصار كاحد الشفيعين اذا حضر والاخر غائب حيث يقضى له بالشفعة في الكل لما قلنا ثم اذا حضر الاخر بعد ما قطعت للحاضر وطلب يقضى له بالدية لان يده

اوفى بها حقا مستحقا عليه فيضمنها لسلامتها له ولو قضى بالقصاص بينهما ثم عفا احدهما قبل استيفاء الدية فللاخر القود عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله له الارش لان القاضي بالقضاء اثبت الشركة بينهما فصار حق كل واحد منهما الى البعض فاذا عفا احدهما لم يتمكن الاخر من استيفاء الكل ولهما ان الامضاء من القضاء في العقوبات فالعفو قبله كالعفو قبل القضاء ولو قطع احدهما يد القاطع من المرفق سقط القصاص لذهاب اليد التي فيها القصاص بالقطع ظلما ولا ينقلب مالا كما اذا قطعها اجنبي او سقطت بآفة سماوية ولهما نصف الدية على حالها لانها واجبة قبل قطعها فلا يسقط بالقطع فللمقطوع الاول بالخيار ان شاء قطع ذراع القاطع وان شاء ضمنه دية اليد وحكومة عدل في قطع الذراع الى المرفق لان يد القاطع كانت مقطوعة من الكف حين قطع القاطع الاول من المرفق فكانت كالشلاء وعلى هذا لو كان المقطوع يده واحدا فقطع القاطع من المرفق سقط حقه في القصاص ووجب عليه القصاص وللمقطوع من المرفق الخيار ان شاء قطع من المرفق وان شاء اخذ الارش لما ذكرنا **قال** وان اقر عبد بقتل عمد يقتل به وقال زفر رحمه الله لا يصح اقراره لانه يودي الى ابطال حق المولى فصار كالاقرار بالقتل خطأ او بالمال ولنا ان العبد غير متهم في مثله لكونه يلحقه الضرر به فيصح ولان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم عملا بالادمية الا ترى ان اقرار المولى عليه بالحدود والقصاص لا يجوز فاذا صح لزم منه بطلان حق المولى ضرورة وذلك لا يضر وكم من شيء يصح ضمنا وان كان لا يصح قصدا بخلاف الاقرار بالمال لانه اقرار على المولى بابطال حقه قصدا لان موجبه بيع العبد او الاستسعاء وكذا اقراره بالقتل خطأ لان موجبه دفع العبد او الفداء على المولى ولا يجب على العبد شيء فلا يصح سواء كان العبد محجورا عليه او ماذونا له في التجارة لانه ليس من باب التجارة فيكون باطلا **قال** وان رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر فقتله فعليه القصاص للاول وللثاني الدية لان الاول عمد والثاني احد نوعي الخطأ وهو الخطأ في الفعل فكانه رمى الى صيد واصاب مسلما والفعل الواحد يتعدد بتعدد اثره **فصل** ومن قطع يد رجل ثم قتله اخذ بالامرين لو عمدين او مختلفين او خطأين تخلل بينهما برء او لا في خطأين لم يتخلل بينهما برء فيجب دية واحدة كمن ضربه مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة يعني هذا اذا قطع يده

ثم قتله يجب عليه موجب القتل وموجب القطع اذا كانا عمدين او احدهما
عمدا والآخر خطا او كانا خطاين وتخلل بينهما برء لا في خطاين لم يتخلل بينهما
برء فيجب فيه دية واحدة فحاصله ان الكل لا يتداخل الا في الخطاين فانهما
يتداخلان فيجب فيهما دية واحدة اذا لم يتخلل بينهما برء وان تخلل بينهما برء
لا يتداخلان اما الاول وهو ما اذا كانا عمدين فالمذكور قول ابي حنيفة
وعندهما يتداخلان فيقتل بينهما فصار كالخطاين وهذا لان الجمع بين
الجراحات واجب ما امكن لان القتل يقع بضربات غالبا واعتبار كل ضربة
على حدتها يودي الى الحرج فيجمع تيسيرا الا انه لا يمكن بان يختلف حكم الفعلين
كالعمد والخطا او يتخلل البرء بينهما لان البرء قاطع للسراية فلا يمكن ان
يجعل الثاني تتميما للاول فيعتبر على حياله وامكن ذلك قبل البرء ثم
فصار كسراية الاول وله ان الجمع متعذر لان حز الرقبة يمنع سراية
القطع كالبرء حتى لو صدرا من شخصين وجب على كل واحد منهما القصاص
فكذا اذا كانا من شخص واحد فيقطع الاولياء يده ثم يقتلونه ان شاؤا
وان شاؤا قتلوه من غير قطع لان القصاص يعتمد المساواة في الفعل
وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع واستيفا القطع بالقتل
متعذر لاختلافهما حقيقة وحكما ولان المماثلة صورة ومعنى يكون
باستيفائهما وبالاكتفاء بالقتل لو توجد المماثلة الا معنى فلا يصار
اليه مع القدرة على المماثلة صورة ومعنى فيتخير الولي بخلاف ما اذا
مات من السراية لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطاين لان الموجب
فيه الدية وهي بدل المحل والمقتول واحد فيجب بدل واحد الا ترى
ان عشرة لو قتلوا واحدا خطا تجب عليهم دية واحدة لاتحاد المحل
وان تعدد الفعل ولو قتلوه عمدا قتلوا به جميعا لان القصاص
جزاء الفعل وهو متعدد وان اتحد المحل ولان ارش اليد لو وجب كان
يجب عند الحز لانه وقت استحكام اثر الفعل ولا سبيل اليه لانه حينئذ
يجب دية النفس بالحز فيجتمع وجوب بدل الجزء والكل في حالة واحدة
وهو محال ولو وجب ذلك لوجب بقتل النفس الواحدة ديات كثيرة
للاطراف لانها تتلف بتلف النفس اما القطع والقتل فقصاصان
فامكن اجتماعهما وبخلاف ما اذا قطع وسرى حيث يكتفى بالقتل لاتحاد
الفعل واما الثاني وهو ما اذا كانا مختلفين بان كان احدهما خطا
والآخر عمدا والثالث وهو ما اذا كانا خطاين وتخلل بينهما برء فلان
الجمع غير ممكن فيهما لاختلاف حكم الفعلين في الاول وتخلل البرء

في الثاني وهو قاطع للسراية فيعطى لكل فعل حكم نفسه وقوله لا في خطاين
لم يتخلل بينهما برء فلان الجمع غير ممكن فيهما لاختلاف حكم الفعلين في الاول
وتخلل البرء فيجب فيه دية واحدة هذا احتراز عن قوله اخذ بالامرين
بموجبي فعله الا في هذه الصورة فانهما يتداخلان ولا يوخذ الا بالقتل
فيجب فيه دية النفس لا غير وقد بينا وجهه في اثناء البحث وقوله لمن ضربه
مائة سوط فبرا من تسعين ومات من عشرة يعني يجب فيه دية واحدة كما اذا
كان القطع والقتل خطاين ولم يتخلل بينهما برء وانما كان كذلك لان
الضربات التي برا منها لم يبق لها اثر سقط ارشها لزوال الشين وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وعن ابي يوسف فيها حكومة عدل وعن محمد انه
يجب فيها اجرة الطبيب وثمن الادوية وتاتي المسئلة بادلتها في فصل
الشجاج ان شا الله تعالى ولو بقي لها اثر بعد البرء تجب موجبه مع دية
النفس بالاجماع لان الارش يجب باعتبار الشين في النفس وهو بقاء الاثر

قال واذا عفا المقطوع عن القطع فمات ضمن القاطع الدية ولو عفا
عن القطع وما يحدث منه او عن الجناية لا فالخطا من الثلث والعمد من كل
المال وهذا عند ابي حنيفة والعفو عن الشجة كالعفو عن القطع وقال
ابو يوسف ومحمد اذا عفا عن القطع او عن الشجة فهو عفو عن النفس ايضا
حتى اذا مات بعد العفو بالسراية لا يضمن لان العفو اذا اضيف الى الفعل
كالقطع والشجة يراد به موجبه لان نفس الفعل لا يحتمل العفو وموجبه
احد شيئين ضمان الطرف اذا اقتصر وضمان النفس ان سرى فيتناولهما
فصار كالعفو عن الجناية او عن القطع وما يحدث منه او عن الشجة وما يحدث
منها ولان اسم القطع والشجة يتناول الساري والمقتصر لان القطع
جنس وهما نوعاه فصار بالسراية والاقتصار صفة له الا ترى
ان من امر انسانا بقطع يده فقطعها وسرى الى النفس لا يجب له عليه
شيء لان اذنه بالقطع تناوله فكذا العفو عنه يتناول ما يحدث
منه وهذا لان السبب يذكر ويراد به المسبب ولهذا لو ابرا المغصوب
منه الغاصب عن الغصب كان ذلك ابراء عن موجب الغصب وهو رد العين
عند قيامها ورد القيمة عند هلاكها وكذا لو ابرا البائع المشتري
كان ذلك ابراء عن موجب العيب وهو الرد عند الامكان والرجوع
بالنقصان عند تعذر الرد ولابي حنيفة ان حق المجني عليه في القتل
دون القطع لانه لما سرى تبين انه كان قتلا من الابتدا فعفوه عن القطع
يكون عفوا عن غير حقه فيبطل الا ترى انه لو قال لا قطع لي قبل فلان

لا يوجب البراءة عن القصاص في النفس ولو كان القطع ثابتا وله كما قال لا ينتفي
براءته عنه فكذا العفو عن القطع لا يثبتا ولا العفو عن القتل لكونهما غيرين
فلم يصادف العفو محل حقه فيبطل ويجب عليه الدية والقياس ان يجب عليه
القصاص في النفس لانه قتل نفسا معصومة بغير حق عمدا الا انا استحسنا
في سقوطه لان صورة العفو اورث شبهة وهي دارئة للقود وهذا لانه
اضاف العفو الى حقه من حيث الظاهر وذلك يكفي لدرء القصاص لا لسقوط
المال لانه يجب مع الشبهة ولا نسلم ان السراية نوع من القطع وان السراية
صفة له بل السراية قتل من الابتدا وتبين ذلك بالسراية وهذا لان المعتبر
في الجنايات مآلها لما ان اصل الفعل قد يكون غير موجب للقصاص في النفس
ثم يصير موجبا له بالسراية وقد يكون موجبا للقصاص ثم يصير غير موجب
له كما اذا قطع يده من المفصل فضرب الى نصف الساعد وباعتبار المآل يتبين
انه لم يكن له حق في اليد ولهذا لو عفا الولي عن اليد بعد السراية لم يصح
ولو كان السراية نوعا له لصح لامكان الصرف اليه ولان القطع الاول لا يوجب
قطعا ساريا وانما يوجب القطع فقط ان كان مقتصرا او القتل فقط
ان كان ساريا فلا موجب للقطع الساري فلا يثبت وله العفو عن القطع
لان القطع ليس باسم للقتل ولا هو سبب لوجوب القطع الساري على الجاني
حتى يستعار له فلغا بخلاف العفو عن الجناية او عن القطع وما يحدث منه
او عن الشجة وما يحدث منها لان الجناية اسم جنس يتناول الساري والمقتصر
والقتل ابتدا الا ترى انه لو قال لا جناية لي قبل فلان اوجب البراءة عن
الكل بخلاف ما اذا قال لا قطع على ما بيناه والعفو عن القطع وما يحدث
منه او عن الشجة وما يحدث منها صريح في العفو عن السراية واما مسئلة الاذن
بالقطع فانما سقط الضمان عن القاطع فيها لانه لما قطعه بامره انتقل الفعل
اليه فصار في التقدير كانه هو الذي قطع يد نفسه فلا يضمنه ولو كان
ثابتا ولا السراية لوجب الضمان على القاطع كما لو قال له اقتلني فقتله
فكان هذا شاهدا لابي حنيفة رضي الله عنه كما تراه واما مسئلة الغصب
فلان الغصب سبب لوجوب رد المغصوب او قيمته فجاز استعارته على المسبب
وكذا مسئلة الرد بالعيب بخلاف ما نحن فيه على ما بينا ولا يرد على هذا ما
لو وقع الصلح عن القطع على عبد فاعتقه ثم مات المقطوع حيث لا ينتقض
الصلح ولو لم يثبت ولا السراية لانتقض لانا نقول لما اعتقه صار مختارا
للامضا فيتضمن اعتاقه نقض الصلح الاول والتحول الى الصلح عن الجناية
او نحو ذلك لانه لا يتم الجواب على ما يأتي بيانه من بعد ان شاء الله تعالى ولو كان

القطع

القطع خطأ فهو كالعمد في هذه الوجوه حتى اذا اطلق بان قال عفوت عن
اليد كان عفوا عن دية النفس عندهما وعن دية اليد فقط عنده ولو قال
عفوت عن الجناية او عن القطع وما يحدث منه كان عفوا عن دية النفس بالاجماع
حتى اذا مات منه يسقط كل الدية فيه غير انه يعتبر من الثلث لان موجبه المال
وقد تعلق به حق الورثة فيعتبر من الثلث كسائر امواله بخلاف ما اذا كان
عمدا حيث يصح من جميع المال لان موجبه القصاص ولم يتعلق حق الورثة
به لانه ليس بمال وصار كما لو اعار ارضه في مرض موته واستغلها المستعير
ثم مات المعير حيث ينفذ ذلك من جميع ماله لان المنافع ليست بمال مطلقا
وانما تصير مالا بعقد الاجارة ولم يتعلق حق الورثة بها في المرض وهو المراد
بقوله فالخطأ من الثلث والعمد من كل المال قال وان قطعت امرأة يد
رجل عمدا فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها والدية في مالها وعلى
عاقلتها لو خطأ وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان العفو عن اليد او عن
القطع لا يكون عفوا عما يحدث منه عنده فكذا التزوج على اليد او على
القطع لا يكون تزوجا على ما يحدث منه عنده ثم ان كان القطع عمدا فهذا
تزوج على القصاص في الطرف وهو ليس بمال على تقدير الاستيفا وعلى تقدير
السقوط اولى لانها لا يمكنها ان يستوفي القصاص من نفسها فاذا لم يكن
مالا لا يصلح مهرا فيجب لها عليه مهر المثل ولا يقال القصاص لا يجري
بين الرجل والمرأة في الطرف فكيف يكون تزوجا عليه لانا نقول
الموجب الاصلي للعمد القصاص لاطلاق قوله تعالى والجروح قصاص
وانما سقط للتعذر ثم تجب عليها الدية لان التزوج وان تضمن العفو
لكن عن القصاص في الطرف فاذا سرى تبين انه قتل فلم يثبتا وله العفو
فتجب الدية لعدم صحة العفو عن النفس وذلك في مالها لانه عمد والعاقلة
لا تتحمله والقياس ان يجب القصاص في النفس على ما بينا واذا وجب له
الدية ولها المهر تقاصا اذا استويا قدرا ووصفا وان كان احدهما اكثر
رجع صاحبه على الاخر وان كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على ارش
اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب
مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في يده ولا شيء فيها والدية واجبة بنفس
القتل لانه خطأ ولا تقع المقاصة لان الدية على العاقلة بخلاف ما اذا
كان عمدا لان الدية عليها والمهر على الزوج فلا فائدة في استيفا كل واحد
منهما حقه فيتقاصان قال وان تزوجها على اليد وما يحدث منها او على
الجناية فمات منه فلها مهر مثلها لان هذا تزوج على القصاص وهو ليس

بمال فلا يصلح مهرا فيجب مهر المثل كما لو تزوجها على خمر او خنزير **قال** ولا
شيء عليها لو عمدا لانه رضي بسقوط القصاص على انه يصير مهرا وهو لا يصلح
مهرا فيسقط اصلا فصار كما اذا اسقط القصاص بشرط ان يصير مالا فانه
يسقط مجانا **قال** ولو خطأ دفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك
وصية لان التزوج على اليد وما يحدث منها او على الجناية تزوج على موجبها
وموجبها الدية هنا وهي تصلح مهرا فصحت التسمية الا انه يعتبر مهر مثلها
يعتبر من جميع المال لانه ليس فيه محاباة والمريض لا يحجر عليه في التزوج لانه
من الحوائج الاصلية فينفذ قدر مهر المثل من جميع المال وما زاد على ذلك
من الثلث لانه تبرع والدية تجب على عاقلتها وقد صارت مهرا فيسقط
كلها عنهم ان كان مهر مثلها مثل الدية او اكثر ولا يرجع عليهم بشيء لانهم كانوا
يتحملون عنها بسبب جنايتها فاذا صار ذلك ملكا لها سقط عنهم ولا يغرمون
لها وان كان مهر مثلها اقل من الدية سقط عنهم قدر مهر مثلها لما ذكرنا وما زاد
على ذلك ينظر فان خرج من الثلث سقط عنهم ايضا لانه وصية لهم فيصح لانهم
اجانب وان كان لا يخرج من الثلث سقط عنهم قدر الثلث وادوا الزيادة
الى الولي لان الوصية لا نفاذ لها الا من الثلث ثم قيل لا يسقط قدر نصيب
القاتل لان الوصية للقاتل لا تصح والاصح انه يسقط كله لانه اوصى لمن تجوز
له الوصية ولمن لا تجوز له الوصية فيكون الكل لمن تجوز له الوصية كمن اوصى
لحي وميت فان الوصية كلها تكون للحي ولانه لو لم يسقط نصيبه لكان ذلك
القدر هو الواجب بالقتل فتتحمله العاقلة عنه فيقسم عليهم فما اصاب
العاقلة يسقط لما ذكرنا وما اصاب القاتل يكون هو الواجب بالقتل
فيقسم ايضا فيلزم مثل ذلك من نصيبه ثم ايضا ثم هكذا الى ان لا يبقى
منه شيء فلو ابطلنا الوصية في حصته ابتداء لزمنا تصحيحها انتهاء فصححناها
ابتداء فقصرنا المسافة وقال ابو يوسف ومحمد كذلك الجواب فيما اذا تزوجها
على اليد ايضا لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فصار الجواب
في الفصلين واحدا عندهما **قال** ولو قطع يده فاقتص له فمات الاول
قتل به اي لو ان رجلا قطع يد رجل فاقتص له فمات المقطوع الاول
قتل المقطوع الثاني به وهو القاطع الاول قصاصا لانه تبين ان الجناية
كانت قتل عمد وحق المقتص له في القصاص في النفس واستيفاء القطع
لا يوجب سقوط حقه في القتل لان من له القصاص في النفس اذا قطع طرف
من عليه القصاص ثم قتله لا يجب شيء عليه الا انه مسيء الا ترى انه لو احرقه
بالنار لا يجب عليه شيء غير الاساءة فاذا قتله فيه القصاص فوارثه يقوم

مقامه

مقامه وعن ابي يوسف انه يسقط حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع دل
على انه ابرأه عن غيره قلنا انما اقدم عليه على ظن ان حقه لا حق له غيره وبعد
السراية تبين ان حقه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون علمه ولو مات المقتص
منه وهو المقطوع قصاصا من القطع فديته على عاقلة المقتص له عند
ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا شيء عليه لانه استوفى
حقه وهو القطع فسقط حكم سرايته اذ الاحتراز عن السراية خارج عن وسعه
فلا يتقيد بشرط السلامة كيلا ينسد باب القصاص فصار كالامام اذا
قطع يد السارق فسرى الى النفس ومات وكالبزاغ والفصاد والحجام
والختان وكما لو قال لغيره اقطع يدي فقطعها ومات وهذا لان السراية
تبع لابتداء الجناية فلا يتصور ان يكون ابتداء الفعل غير مضمون وسرايته
مضمون ولابي حنيفة رحمه الله ان حقه في القطع والموجود قتل حتى لو وقع
ظلما كان قتلا فلم يكن مستوفيا حقه فيضمن وكان القياس ان يجب القصاص
الا انه سقط للشبهة فوجبت الدية بخلاف ما ذكر من المسائل لان اقامة
الحد واجب على الامام وكذا الفعل واجب على غيره من البزاغ والفصاد
والحجام والختان بالعقد واقامة الواجب لا تتقيد بشرط السلامة
وفي مسئلتنا الولي مخير بل العفو مندوب اليه فيكون من باب الاطلاق
كالمرور على الطريق وكضرب الزوجة فيتقيد بشرط السلامة **قال**
وان قطع يد القاتل وعفا ضمن القاطع دية اليد وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا لا شيء عليه لانه قطع يدا من نفس لو اتلفها لا يضمن كما لو
قطع يد مرتد ثم اسلم ثم سرى وهذا لانه استحق اتلافه بجميع اجزائه اذ الاجزاء
تبع للنفس فبطل حقه بالعفو فيما بقي لا فيما استوفى ولهذا لو لم يعف لا يجب
عليه ضمان اليد وكذا اذا عفا ثم سرى لا يضمن شيئا والقطع الساري يحس
من المقتص او قطع وما عفا وما سرى ثم حز رقبته قبل البرء او بعده فصار
كما لو كان له قصاص في اليد فقطع اصابعه ثم عفا عن اليد فانه لا يضمن ارش
الاصابع والاصابع من الكف كالاطراف من النفس ولابي حنيفة انه استوفى
غير حقه فيضمن وهذا لان حقه في القتل لا في القطع وكان القياس ان
يجب القصاص الا انه سقط للشبهة اذ كان له ان يتلف الطرف تبعا للنفس
واذا سقط القود وجبت الدية وانما لم يضمن في الحال لاحتمال ان يصير
قتلا بالسراية فيظهر انه استوفى حقه وحقه في الطرف ثبت ضرورة ثبوت
حق القتل وهذه الضرورة عند الاستيفاء لا قبله فاذا وجد الاستيفاء
ظهر حقه في الاطراف تبعا واذا لم يستوف ظهر حقه في الطرف لا اصلا

ولا تبعا فتبين انه استوفى غير حقه فاما اذا لم يعف فانما لم نقتص لمانع وهو
قيام الحق في النفس لاستحالة ان يملك قتله وتكون الاطراف مضمونة عليه
فاذا زال المانع بالعفو ظهر حكم السبب واذا سرى فهو استيفا للقتل
فتبين ان العفو كان بعد الاستيفا ولو قطع ثم عفا ثم برأ فهو على الخلاف
في الصحيح ولو قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفا لان القطع انعقد
على وجه يحتمل السراية وكان حز الرقبة تتميما لما انعقد له القطع فلا
يضمن حتى لو حز رقبته بعد البرء فهو على الخلاف في الصحيح على انا لا نسلم ظهور
حقه عند الاستيفا في التوابع وانما دخلت في النفس لعدم امكان التحرز
عن اتلافها والاصابع تابعة قياما والكف تابع لها عرضا لان منفعة
البطش تقوم بالاصابع بخلاف الطرف فانه تابع للنفس من كل وجه

باب الشهادة في القتل

قال ولا يقيد حاضر بحجة اذا اخوه غاب عن خصومته فان يعد لا بد
من اعادتها ليقتلا ولو خطأ او دينا لا اي اذا قتل شخص وله وليان
حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل لا يقتل القاتل قصاصا
فان عاد الغائب فليس لهما ان يقتلاه بتلك البينة بل لا بد لهما من اعادة
البينة ليقتلاه وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يعيد ولو كان القتل
خطأ او دينا لا يعيدها بالاجماع واجمعوا ان القاتل يحبس اذا اقام
الحاضر البينة لانه صار متهما بالقتل والمتهم يحبس واجمعوا على انه لا يقضي
بالقصاص ما لم يحضر الغائب لان المقصود من القصاص الاستيفا والحاضر
لا يتمكن من الاستيفا بالاجماع بخلاف ما اذا كان خطأ او دينا لانه يتمكن
من الاستيفا لهما في الخلافية ان البينة متى قامت ممن له الخصومة تكون
معتبرة ملزمة فلم يجب اعادتها بعد ذلك واحد الورثة ينتصب خصما
عن نفسه وعن شركائه فيما يدعى للميت كما في دعوى الخطأ ودعوى المال
والقصاص موروث عن الميت حتى تجري فيه سهام الورثة وتصح عفوه
قبل الموت وتنفذ ديونه منه اذا انقلب مالا وكذا تنفذ وصاياه
منه كما في الدية فاذا لم يجب اعادة البينة في احد بدلي الدم وهو الدية
فكذا في البدل الاخر وهو القصاص ولابي حنيفة ان القصاص غير
موروث لانه يثبت بعد الموت للتشفي ودرك الثار والميت ليس من اهله
وانما يثبت للورثة ابتدا بطريق الخلافة سببا انعقد للميت لانهم يقومون
مقامه فيستحقونه ابتدا من غير ان يثبت للميت كالعبد يقبل الهدية
يقع الملك فيها للمولى ابتدا بطريق الخلافة عنه وانما كان كذلك لان

القصاص

لان القصاص ملك الفعل في المحل بعد موت المجروح ولا يتصور الفعل من
الميت ولهذا صح عفو الورثة قبل موت المجروح وانما صح عفو المجروح
لان السبب انعقد له وفي قوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه
سلطانا نص على ان القصاص يثبت للوارث ابتدا بخلاف الدية والدين
لان الميت اهل للملك المال ولهذا لو نصب شبكة فتعقل به صيد بعد موته
يملكه واصل الاختلاف راجع الى استيفا القصاص من حق الورثة عنده ومن حق
الميت عندهما فاذا كان القصاص يثبت حقا للورثة عنده ابتدا لا ينتصب
احدهم خصما عن الاخرين في اثبات حقهم بغير وكالة منه وباقامة الحاضر
البينة لا يثبت القصاص في حق الغائب فيعيدها بعد حضوره ليتمكن من
الاستيفا ولا يلزمه ان القصاص اذا انقلب مالا يصير حقا للميت لانه
اذا انقلب مالا صار صالحا لقضاء حوائجه فصار مفيدا بخلاف القصاص
ولا يصح الاستدلال بصحة عفو المورث لانه انما يصح في جواب الاستحسان
لوجود سببه على ما بينا وهو معارض بعفو الوارث فانه يجوز ايضا قبل موت
المورث بعد الجرح استحسانا لوجود السبب فلولا ان الحق يثبت له ابتدا
لما صح عفوه قال فان اثبت القاتل عفو الغائب لم يعد معناه ان القاتل
لو اقام بينة ان الغائب قد عفا كان الحاضر خصما وسقط القصاص لانه
ادعى حقا على الحاضر وهو سقوط حقه في القصاص وانقلاب نصيبه
مالا ولا يتمكن من اثباته الا باثبات العفو من الغائب فانتصب الحاضر خصما
عن الغائب في الاثبات عليه بالبينة فاذا قضى عليه صار الغائب مقضيا



عليه تبعا له قال وكذا لو قتل عبدهما واحدهما غائب اي لو كان عبد
بين رجلين فقتل عمدا واحد المولين غائب فحكمه مثل ما ذكرنا في الموت
حتى لا يقتل ببينة اقامها الحاضر من غير اعادة بعد عود الغائب ولو اقام
القاتل البينة ان الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص لما
بينا في اصله اذ هذه المسالة مثل الاولى في جميع ما ذكرنا الا انه اذا كان
القتل عمدا او خطأ لا يكون الحاضر خصما عن الغائب بالاجماع والفرق لهما
في الكل ولابي حنيفة في الخطأ ان احد الورثة خصم عن الباقين على ما بينا
ولا كذلك المولين على ما عرف في موضعه قال وان شهد وليان بعفو
ثالثهما لغت اي اذا كان اولياء المقتول ثلاثة فشهد اثنان منهم على
الثالث انه عفا فشهادتهما باطلة لانهما يجران الى انفسهما نفعا وهو
انقلاب القود مالا وهو عفو منهما لانهما زعما ان القصاص قد سقط
وزعمهما معتبر في حق انفسهما قال فان صدقهما القاتل فالدية لهم

الا انا اذا صدقهما القاتل دون الولي المشهود عليه لانه بتصديقه اياهما
اقر لهما بثلثي الدية فيلزمه لكن يزعمون كلهم ان نصيب الولي المشهود
عليه قد سقط بعفوه وهو ينكر فلا يقبل قولهم عليه ويتحول نصيبه ايضا
مالا فوجب عليه كل الدية **قال** وان كذبهما فلا شيء لهما وللاخر
ثلث الدية وان كذبهما القاتل ايضا بعد ان كذبهما الولي المشهود عليه
بالعفو فلا شيء للوليين الشاهدين لانهما ادعيا انهما عفيا بالعفو اقرا
بطلان حقهما في القصاص فصح اقرارهما في حق انفسهما وادعيا انقلابه
مالا فلا يصدق دعواهما الا ببينة وللولي المشهود عليه ثلث الدية لان
دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه
فينقلب نصيبه مالا لان سقوط القصاص مضاف اليهما وان صدقهما
الولي المشهود عليه وحده دون القاتل ضمن القاتل ثلث الدية
للولي المشهود عليه لانه اقر له بذلك فان قيل كيف يكون له الثلث وقد
اقر انه لا يستحق على القاتل شيئا بدعواه العفو قلنا ارتد اقراره بتكذيب
القاتل اياه فوجب له ثلثا الدية عليه وفي الجامع الصغير كان هذا الثلث
للشاهدين لا للمشهود عليه وهو الاصح لان المشهود عليه يزعم انه قد عفا
ولا شيء له وللشاهدين على القاتل ثلثا الدية دينا في ذمته والذي
في يده هو ثلث الدية مال القاتل وهو من جنس حقهما فينصرف اليهما
لاقراره لهما بذلك كمن قال لفلان علي الف درهم فقال المقر له ليس ذلك
لي وانما هو لفلان فانه يصرف اليه فكذا هنا وهذا كله استحسان والقياس
ان لا يلزم القاتل شيء لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لكان
وما اقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل اقراره بالعفو لكونه تكذيبا
له وجه انه ان القاتل بتكذيبه الشاهدين فقد اقر للمشهود عليه بثلث الدية
لزعمه ان القصاص قد سقط بشهادتهما لانهما اذا عفيا والمقر له ما كذب
القاتل حقيقة بل اضافه الوجوب الى غيره فيعمل الواجب للشاهدين
وفي مثله لا يرتد الاقرار كمن قال لفلان علي كذا فقال المقر له ليس لي
ولكنه لفلان على ما بينا **قال** وان شهدا انه ضربه فلم يزل صاحب
فراش حتى مات يقتص منه لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وفي ذلك
القصاص على ما عرف والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لانه
اذا كان مخطيا لا يحل لهم ان يطلقوه بل يقولون قصد غيره فاصابه
لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش ودام
على ذلك حتى مات وكذا ينبغي اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح **قال**

وان

وان اختلف شاهدا القتل في الزمان او المكان او فيما وقع به القتل
او قال احدهما قتله بعصا وقال الاخر لا ادري بماذا قتله بطلت
لان القتل لا يتكرر فالقتل في زمان او مكان غير القتل في مكان
اخر او زمان اخر وكذا القتل بالة غير القتل بالة اخرى ويختلف
الاحكام باختلاف الالة فكان على كل قتل شهادة فرد فلم تقبل ولان
اتفاق الشاهدين شرط للقبول ولم يوجد ولان القاضي تيقن بكذب
احدهما لاستحالة اجتماع ما ذكرنا فلا يقبل مثله وكذا لو كمل النصاب
في كل واحد منهما لتيقن القاضي بكذب احد الفريقين وعدم الاولوية
بالقبول بخلاف ما اذا كمل احد الفريقين دون الاخر حيث يقبل الكامل
منهما لعدم المعارض واما اذا بين احدهما الالة وقال الاخر لا ادري
بماذا قتله فلان المطلق مغاير للمقيد لانه معدوم والمقيد موجود
فاختلفا وكذا ايضا حكمهما مختلف فان من قال قتله بعصا يوجب الدية
على العاقلة ومن قال لا اعلم على القاتل فاختلف المشهود به فبطلت
وهو المراد بقوله او قال احدهما قتله بعصا وقال الاخر لم ادر بماذا
قتله وكذا لو شهد احدهما بالقتل معاينة والاخر على اقرار القاتل
بذلك كان باطلا لاختلاف المشهود به فان احدهما فعل والاخر قول
وان شهدا انه قتله وقالا لا ندري باي شيء قتله وجبت الدية في ماله
استحسانا والقياس ان لا يقبل هذه الشهادة لانهما شهدا بقتل
مجهول لان الالة اذا جهلت فقد جهل القتل لان القتل يختلف حكمه باختلاف
الالة فيكون هذا غفلة من الشهود وجه الاستحسان انهما شهدا بقتل
مطلق والمطلق ليس بمجمل لامكان العمل به فيجب اقل موجبيه وهو الدية
ولا يحمل قولهما لا ندري على الغفلة بل يحمل على انهما ستراه للدرء المندوب
اليه في العقوبات احسانا للظن بهما ومثل ذلك سائغ شرعا لان الشرع
اطلق الكذب في اصلاح ذات البين على ما قال عليه السلام ليس بكذاب
من اصلح بين اثنين فقال خيرا او نمى خيرا مثله او احق منه فيحمل عليه
فلا يثبت جهلهما او اختلافهما بالشك وانما وجبت الدية في ماله دون العاقلة
لان المطلق يحمل على الكامل فلا يثبت الخطا بالشك **قال** وان اقر كل واحد
منهما انه قتله فقال الولي قتلتماه جميعا له قتلهما ولو كان مكان الاقرار
شهادة لغت اي اذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال
الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما وان شهد اثنان على رجل انه
قتل فلانا وشهد اخران على اخر انه قتله وقال الولي قتلتماه جميعا بطلت

الشهادة وليس له ان يقتل واحدا منهما وهو المراد بقوله ولو كان مكان
الاقرار شهادة لغت والفرق بينهما ان كل واحد من الاقرار والشهادة بنى
ان كل القتل وجد من المقر والمشهود عليه ومقتضاه ايجاب القصاص
عليه وقد ثبت لان معنى قوله انا قتلته انفردت بقتله وكذا قول الشهود
قتله فلان يوجب انفراده بالقتل وقول الولي قتلتماه تكذيب لبعضه
حيث ادعى اشتراكهما في القتل فكانه قال لم ينفرد بقتله بل شاركه اخر وهذا
القدر من التكذيب يمنع قبول الشهادة لادعائه فسقهم به دون الاقرار
لان فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار ولو قال في الاقرار صدقتما ليس له ان
يقتل واحدا منهما لان تصديقه كل واحد منهما تكذيب للاخر لان كل واحد
منهما يدعي الانفراد بالقتل فتصديقه يوجب ذلك فصار كانه قال لكل
واحد منهما قتلته وحدك ولم يشاركك فيه احد كما تقول فيكون مقرا بان
الاخر لم يقتله بخلاف الاول وهو ما اذا قال قتلتماه لانه دعوى القتل
من غير تصديق لهما فيقتلهما باقرارهما ولو اقر رجل بانه قتله وقامت
البينة على اخر انه قتله وقال الولي قتلتماه كلاكما كان له ان يقتل المقر
دون المشهود عليه لان فيه تكذيبا لبعض موجبه على ما مر وعلى هذا لو قال
لاحد المقرين صدقت انت قتلته وحدك كان له ان يقتله لانهما تصادقا
على وجوب القتل عليه وحده وكذا اذا قال لاحد المشهود عليهما انت
قتلته كان له ان يقتله لعدم تكذيب شهوده عليه وانما كذب الاخرين
وكذلك الحكم في الخطا في جميع ما ذكرنا والله اعلم **باب**
في اعتبار حالة القتل قال رحمه الله المعتبر حالة الرمي لان
الرمي فعل الرامي ولا فعل له بعده فيوجب اعتبار حاله في حق الحل والضمان
عند ذلك **قال** فتجب الدية بردة المرمي اليه قبل الوصول اي اذا رمى
رجل رجلا مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله قبل وصول السهم اليه
ثم وقع به السهم تجب على الرامي الدية وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال
ابو يوسف ومحمد لا شيء عليه لان التلف حصل في محل لا عصمة له واتلاف
غير المعصوم هدر وهذا لانه بارتداده اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا
للرامي عن موجبه فصار كما اذا ابراه في هذه الحالة وهذا لان اخراج نفسه
عن التقوم كالابراء الا ترى ان المغصوب منه اذا اعتق العبد المغصوب
برئ الغاصب من الضمان ولابي حنيفة ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي
اذ هو الذي يدخل تحت قدرته دون الاصابة ولا فعل له اصلا بعده
فيصير قاتلا بالرمي والمرمي اليه متقوم في تلك الحالة الا ترى انه لو رمى

الصيد وهو مسلم ثم ارتد والعياذ بالله فاصاب السهم الصيد وهو مرتد فجرح
الصيد ومات حل له اكله وكذا لو كفر بعد الرمي قبل الاصابة جاز تكفيره
وكان المعتبر حالة الرمي وكان القياس ان تجب القصاص لما ذكرنا ولكن
فيه شبهة لسقوط العصمة في حالة التلف فتجب الدية **قال** لا باسلامه
اي لا تجب شيء باسلام المرمي اليه بان رمى الى حربي او مرتد فاسلم قبل الاصابة
ثم اصابه بعد ما اسلم وهذا بالاجماع لان الرمي لم ينعقد موجبا للضمان
لعدم التقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك وهذا
كله يشهد لابي حنيفة رحمه الله **قال** والقيمة بعتقه اي تجب القيمة
بعتقه معناه ان رجلا لو رمى الى عبد فاعتقه المولى بعد الرمي قبل
الاصابة ثم اصابه فمات منه لزمته القيمة وهذا عند ابي حنيفة وقال محمد
عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي لان العتق قاطع للسراية
واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه
بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب عليه ذلك حتى لو كانت قيمته الف
درهم قبل الرمي وثمانمائة بعده لزمه مائتان لان العتق قاطع للسراية
الا ترى ان من قطع يد عبد ثم اعتقه مولاه ثم مات منه لا يجب عليه الا
ارشها ليندفع النقصان الذي نقصه القطع الى العتق وهو نظير الرمي
صار جانيا عليه لانه يوجب النقصان كالقطع ولابي حنيفة ان الرامي
يصير قاتلا له من وقت الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته
لانه مر ان المعتبر حالة الرمي فلم يختلف المستحق في تلك الحالة بخلاف
القطع والجرح لان كل واحد منهما اتلاف لبعض المحل والاتلاف يوجب الضمان
للمولى لانه ورد على محل مملوك له ثم اذا سرى لا يوجب شيئا لانه لو اوجب
شيئا لوجب للعبد لانقطاع حق المولى عنه وظهور حقه فيه فتصير النهاية
مخالفة للبداية فصار ذلك كتبدل المحل وعند تبدل المحل لا تبدل
السراية فكذا هنا اما الرمي فقبل الاصابة ليس باتلاف شيء منه لانه لا
اثر له في المحل وانما قلت فيه الرغبات فلا يجب به الضمان قبل الاتصال
بالمحل ولكن انعقد الرمي علة تامة لايجاب الضمان عند الاتصال بالمحل
وعند الاتصال بالمحل يستند الوجوب الى وقت الانعقاد فلا يخالف
النهاية البداية فتجب قيمته للمولى وقال زفر عليه الدية لان الرمي
انما صار علة عند الاصابة اذ الاتلاف لا يصير علة من غير تلف يتصل به
ووقت التلف حر فتجب ديته وابو يوسف مع ابي حنيفة فيه والفرق له بين
هذا وبين ما تقدم من مسئلة الارتداد انه اعترض على الرمي ما يبطل عصمة

المحل فيما تقدم فجعل ذلك بمنزلة الابتداء اما هنا اعتراض على الرمي ما يؤكد عصمة المحل وهو الاعتاق فلا يبطل به الجناية **قال** وبالتضمين ان الراجم برجوع شاهد الرجم بعد الرمي معناه اذا قضى القاضي برجم رجل فرماه رجل ثم رجع احد الشهود بعد الرمي قبل الاصابة ثم وقع عليه الحجر فلا شيء على الرامي لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها **قال** وحل الصيد بردة الرامي لا باسلامه معناه اذا رمى مسلم صيدا فارتد قبل وقوع السهم بالصيد حل اكله ولو رماه وهو مجوسي فاسلم قبل الوقوع لا يحل لان المعتبر حالة الرمي في حق الحل والحرمة اذ الرمي هو الذكاة لانه فعله ويدخل تحت قدرته لا الاصابة فتعتبر الاهلية وعدمها عنده ووجب الجزاء بحله لا باحرامه اي لو رمى المحرم صيدا فحل قبل الاصابة ثم اصابه وجب عليه الجزاء اذ رماه وهو حلال فاحرم قبل الاصابة ثم وقع على الصيد وهو محرم لا يجب عليه الجزاء لان الجزاء بالتعدي وهو الرمي في حالة الاحرام ووجد ذلك في الاول دون الثاني والاصل في مسائل هذا الباب ان نعتبر وقت الرمي بالاتفاق وانما عدل ابو يوسف ومحمد عن ذلك فيما اذا رمى المسلم فارتد والعياذ بالله قبل الاصابة باعتبار انه صار مبرئا له على ما بينا في اول هذا الفصل والله اعلم

كتاب الديات

الدية اسم للمال الذي هو بدل النفس وهو مصدر يقال ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه ذلك ثم سمي ذلك المال بالدية تسمية للمفعول بالمصدر **قال** دية شبه العمد مائة من الابل ارباعا من بنت مخاض الى جذعة اي خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد والشافعي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة واربعون ثنية في بطونها اولادها لقوله عليه السلام الا ان قتيل خطا العمد بالسوط والعصا والحجر وفيه دية مغلظة مائة من الابل اربعون منها ثنية الى بازل عامها كلهن خلفة ولانه لا خلاف ان التغليظ فيه واجب لشبهه بالعمد ومعنى التغليظ يتحقق بما قلنا من انه لا يجب في الخطا ولهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الدية بمائة من الابل ارباعا ومعلوم انه لم يرد به الخطا لانها تجب فيه اخماسا فعلم ان المراد به شبه العمد ولانه لا خلاف بين الامة ان الدية مقدرة بمائة من الابل قال عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل ولو اوجبنا الخلفات لزاد الواجب على المائة من وجه لان ما تحمل حيوان من وجه ولد عرضية الانفصال

فصار ذلك ايجاب الزيادة على تقدير الشرع ولا يجوز وما رويناه غريب لان الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في صفة التغليظ فمذهب ابن مسعود رضي الله عنه ارباعا مثل مذهبنا ومذهب علي رضي الله عنه اثلاثا ثلاثة وثلاثون حقة وثلاثة وثلاثون جذعة واربعة وثلاثون خلفة ومذهب عثمان رضي الله عنه اثلاثا من كل جنس ثلاثة وثلاثون وثلث ومذهب عمر رضي الله عنه وزيد بن ثابت والمغيرة وابي موسى رضي الله عنهم اثلاثا كمذهبهما ولم يجر المحاجة به بينهم ولو كان صحيحا لجرت ولو وقع الاتفاق بينهم وما يقاد حكم مثله لانا نقول اذا تعارضت الاخبار كان الاخذ بالمتيقن به وهو الادنى اولى ولان الدية عوض النفس والحامل لا يجوز ان يستحق في شيء من المعاوضات لوجهين احدهما لما فيه لما ذكرنا من الزيادة والثاني ان صفة الحمل لا يمكن الوقوف على حقيقتها ولذلك لا يجب الحامل في الحمل ولان الدية على العاقلة تطرقا للصلة منهم للقاتل بمنزلة الصدقات والشرع نهانا عن اخذ الحامل في الصدقات لكونها من كرائم الاموال فكذا في الديات **قال** ولا تتغلظ الا في الابل لان الشرع ورد به وقلبه لاجماع والمقدرات لا تعرف الا سماعا اذ لا مدخل للراي فيها فلم تتغلظ بغيره حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ قضاؤه لعدم التوقيف في التقدير بغير الابل **قال** وفي الخطا مائة من الابل اخماسا ابن مخاض وبنت مخاض وبنت لبون وحقة وجذعة اي دية الخطا مائة من الابل اخماسا ابن مخاض الى اخره اي خمسة ابن مخاض وخمسة بنت مخاض وخمسة بنت لبون وخمسة حقة وخمسة جذعة فاذا كان اخماسا يكون من كل نوع من هذه الانواع عشرون لما روى ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في دية الخطا عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض ذكره رواه ابو داود والترمذي واحمد وغيرهم والشافعي اخذ بمذهبنا غير انه قال يجب عشرون ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما رويناه ولان ما قلناه اخف لا قائمة ابن مخاض مقام ابن لبون وكان اليق بحال الخاطي ولان الشرع جعل ابن اللبون بمنزلة بنت المخاض في الزكاة حيث اخذ مكانها فاذا كان عشرون منه مع العشرين من بنات المخاض كان ايجابا لعشرين بنت المخاض وذلك لا يليق به بل لا يجوز لعدم التغاير ولذلك لانه عليه السلام لم يرد بتغيير اسنان الابل الا التخفيف ولا يتحقق فيه التخفيف فلا يجوز **قال** او الف دينار او عشرة الاف درهم اي الدية من الذهب الف

دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم وقال مالك والشافعي اثنا عشر
ألف درهم لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رجلا قتل فجعل
النبي صلى الله عليه وسلم ديته اثني عشر ألفا رواه أبو داود والترمذي
ولأنه لا خلاف أنها من الدنانير ألف دينار وكانت قيمة الدينار على
عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما ولنا ما روي عن
ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية في قتيل
بعشرة آلاف درهم وما قلنا أولى للتيقن به لأنه أقل أو نحمل ما رواه
على وزن خمسة وما رويناه على وزن ستة وهكذا كانت دراهمهم في
زمان النبي صلى الله عليه وسلم إلى زمان عمر على ما حكاه الخبازي في كتاب
الزكاة فإنه قال كانت الدراهم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
ثلاثة الواحد منها وزن عشرة أي العشرة منه وزن عشرة دنانير وهو
قدر الدينار والثاني وزن ستة أي العشرة منه وزن ستة دنانير والثالث
وزن خمسة أي العشرة منه وزن خمسة دنانير فجمع عمر رضي الله عنه بين
الثلاثة فخلطه فجعله ثلاثة دراهم فصار ثلث المجموع درهما فكشف
هذا أن الدينار عشرون قيراطا فوزن العشرة يكون مثله عشرين قيراطا
ضرورة استوائهما ووزن الستة يكون نصف الدينار وعشره فيكون اثنا
عشر قيراطا ووزن الخمسة يكون نصف الدينار فيكون عشرة قراريط
فيكون المجموع اثنين وأربعين قيراطا فإذا جعلتها أثلاثا صار كل ثلث
أربعة عشر قيراطا وهو الذي كان عليه درهم فإذا حمل ما رواه الشافعي
على وزن خمسة وما رويناه على وزن ستة استويا والذي يرجح مذهبنا
ما روي أن الواجب في الجنين خمسمائة درهم وهو عشر دية الأم عندنا سواء
كان ذكرا أو أنثى وعنده نصف عشر دية نفسه إن كان أنثى ونصف العشر إن
كان ذكرا فعلم بذلك أن دية الأم خمسة آلاف ودية الرجل ضعف ذلك
وهو عشرة آلاف ولأنا أجمعنا أنها من الذهب ألف دينار والدينار مقوم
في الشرع بعشرة دراهم ألا ترى أن نصاب الفضة في الزكاة مقدر بمائتي
درهم ونصاب الذهب فيها بعشرين دينارا فيكون الغنى بهذا القدر
من كل واحد منهما إذ الزكاة لا تجب إلا على الغني فعلم من ذلك علما ضروريا
أن الدينار مقوم بعشرة دراهم ثم الخيار في هذه الأنواع الثلاثة إلى
القاتل لأنه هو الذي تجب عليه فيكون الخيار إليه كما في كفارة اليمين
ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة وقالا تجب
منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة

ثوبان

٤٥٢

ثوبان لما روي عن جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم فرض في
الدية على أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل
الشاء ألفي شاة وعلى أهل الحلل مائتي حلة رواه أبو داود وكان عمر رضي
الله عنه يقضي بذلك على أهل كل مال مما ذكرنا وكل حلة ثوبان إزار ورداء
هو المختار وفي النهاية قيل في زماننا قميص وسراويل وله أن التقدير
إنما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الأشياء مجهولة المالية ولهذا
لا يقدر بها ضمان المتلفات والتقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة
ولم يوجد ذلك في غيرها فلا يعدل عن القياس والآثار التي وردت
فيها يحتمل القضاء بها بطريق الصلح فلا يلزم حجة وذكر في المعاقل أنه
لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز وتأويله أنه قولهما
قال رحمه الله وكفارتهما ما ذكر في النص أي كفارة القتل خطأ
وشبه عمد هو الذي ذكر في القرآن وهو الإعتاق والصوم على الترتيب
متتابعا كما ذكر في النص قال الله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة وشبه العمد
خطأ في حق القتل وإن كان عمدا في حق الضرب فيتناولهما الآية ولا
يختلفان فيه لعدم التغلظ بالاختلاف بخلاف الدية حيث تجب في شبه
العمد مغلظة لوجود التوقيف في التغليظ في شبه العمد دون الخطأ
والمقادير لا تثبت إلا سماعا قال ولا يجزئ الإطعام والجنين لأن
الإطعام لم يرد به نص والمقادير لا تعرف إلا سماعا ولأن المذكور كل
الواجب للفاء الجواب أو لكونه كل المذكور والجنين لا تعرف حياته ولا
سلامته فلم يجز لأنه عضو من وجه فلا يدخل تحت مطلق النص قال
ويجوز الرضيع لو أحد أبويه مسلما لأنه مسلم تبعا له والظاهر سلامة
أطرافه على ما عليه الجبلة ولا يقال كيف اكتفى هنا بالظاهر في سلامة
أطرافه حتى جاز التكفير به ولم يكتف بذلك في حق وجوب الضمان
بإتلاف أطرافه لأنا نقول الحاجة في التكفير إلى دفع الواجب والظاهر
يصلح حجة للدفع والحاجة في الإتلاف إلى إلزام الضمان وهو لا يصلح حجة
فيه ولأنه يظهر حال الأطراف فيما بعد في التكفير إذا عاش ولا كذلك
في الإتلاف فافترقا قال ودية المرأة على النصف من دية الرجل
في النفس وفيما دونها روي ذلك عن علي رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا
وقال الشافعي رحمه الله الثلث وما دون الثلث لا يتنصف لما روي
عن سعيد بن المسيب أنه السنة وقال الشافعي رحمه الله السنة إذا
أطلقت يراد بها سنة النبي صلى الله عليه وسلم ولنا ما رويناه وما روي

اذ كان الصحابة رضي الله عنهم افتوا بخلافه ولو كان سنة النبي صلى الله عليه وسلم لما خالفوه وقوله سنة محمول على انه سنة زيد لانه لم يرد والا عنه توقيفا ولان هذا يؤدي الى المحال وهو انه اذا كان المها اشد ونقصانها الكثر نقل ارشها بيانه انه لو قطع اصبعا منها يجب عشر من الابل ولو قطع اصبعان يجب عشرون فاذا قطع ثلاث يجب ثلاثون لانها تساوي الرجل فيه على زعمه لكونه ما دون الثلث ولو قطع اربعة يجب عشرون للمنتصف فيما هو اكثر من الثلث فقطع الرابعة لا يوجب شيئا بل يسقط ما وجب بقطع الثالثة وحكمة الشارع تنافي ذلك فلا يجوز نسبته اليه لان من المحال ان تكون الجناية توجب شيئا شرعا وانجح منه ان يسقط ما وجب بغيرها وهذا مما تحيله العقلاء بالبديهة ولان الشافعي يعتبر الاطراف بالانفس وتركه هنا حيث نصف دية النفس ولم ينصف دية الاطراف الا اذا زاد على الثلث

قال ودية الذمي والمسلم سواء قال مالك دية اليهودي والنصراني ستة الاف درهم لقوله عليه السلام عقل الكافر نصف دية المسلم والكل عنده اثنا عشر الف درهم لما روي انه عليه السلام جعل دية اليهودي والنصراني اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم

ولنا ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم ودى العامريين اللذين كان لهما عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقتلهما عمرو بن امية الضمري بمائة من الابل وقال عليه السلام دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وعن الزهري ان ابا بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما كانا يجعلان دية الذمي مثل دية المسلم وقال علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا وفي ظاهر قوله تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله دلالة عليه لان المراد منه ظاهرا ما هو المراد من قوله تعالى في قتل المؤمن ودية مسلمة الى اهله ولانهم معصومون متقومون لاحرازهم انفسهم بالدار فوجب ان يكونوا ملحقين بالمسلمين فوجب ان يجب بقتلهم ما يجب بقتل المسلمين الا ترى ان اموالهم لما كانت معصومة متقومة يجب باتلافها ما يجب باتلاف مال المسلم فاذا كان هذا في اموالهم فما ظنك في انفسهم ولا يقال ان نقص الكفر فوق نقص الانوثة والرق فوجب ان تنتقص ديته به كما تنتقص للانوثة ولان الرق اثر الكفر فاذا انتقص باثره فاولى ان ينتقص به لانا نقول نقصان دية المراة والعبد لا باعتبار نقصان الانوثة والرق بل باعتبار نقصان صفة المالكية فان

المراة لا تملك بالنكاح والعبد لا يملك المال والحر الذكر يملكهما فلهذا زادت قيمته ونقصت قيمتهما والكافر والمسلم في هذا المعنى سواء فوجب ان يكون بدله كبدله والمستامن ديته مثل دية الذمي في الصحيح لما روينا .

فصل في الشعر والمارن واللسان والذكر والحشفة والعقل والسمع والبصر والشم والذوق واللحية ان لم تنبت وشعر الراس والعينين والاذنين والانثيين وثدي المراة الدية وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفي اشفار العينين الدية وفي احدها ربعها وفي كل اصبع من اصابع اليدين او الرجلين عشرها وما فيها مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع ونصفها لو فيها مفصلان وفي كل سن خمس من الابل او خمسمائة درهم والاصل فيه حديث سعيد بن المسيب انه عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية ومثله ذكر عليه السلام في الكتاب الذي كتبه لعمرو بن حزم فالنص الوارد في البعض يكون واردا في الباقي دلالة لانه في معناه والاصل في الاعضاء انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الادمي على الكمال يجب كل الدية لان فيه اتلاف النفس من وجه اذ النفس لا تبقى منتفعا بها من ذلك الوجه واتلاف النفس من وجه ملحق بالاتلاف من كل وجه في الادمي تعظيما له ودليله ما روينا من الحديث والاعضاء على خمسة انواع فمنها ما هو افراد ومنها ما هو مزدوج ومنها ما هو ارباع ومنها ما هو اعشار ومنها ما يزيد على ذلك ففي كل واحد من الافراد تجب الدية وفي كل نوع من المزدوج والارباع والاعشار كذلك فاذا ثبت هذا فنقول في الانف الدية لانه ازال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن وهو ما دون قصبة الانف وهو ما لان منه او قطع الارنبة وهو طرف الانف او قطع المارن مع القصبة لما ذكرنا من ازالة الجمال ولا يزيد على دية واحدة لان الكل عضو واحد ولان فيه تفويت المنفعة على الكمال فان منفعة الانف ان تجتمع الروائح في قصبة الانف لتعلو الى الدماغ وذلك يفوت بقطع المارن وكذا اذا قطع اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق فان الادمي يمتاز به عن سائر الحيوان وبه امتن الله تبارك وتعالى علينا بقوله خلق الانسان علمه البيان وهذا لانه لا يقدر على اقامة مصالحه الا بافهام غيره اغراضه وذلك يفوت بقطعه وكذا يجب الدية بقطع بعضه اذا امتنع من الكلام لان الدية تجب لتفويت المنفعة لا لتفويت صورة الالة وقد حصل بامتناع من الكلام ولو

قدر على التكلم ببعض الحروف دون البعض تقسم الدية على عدد الحروف وقيل
على عدد حروف تتعلق باللسان وهي التاء والثاء والجيم والدال والذال
والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء
واللام والنون والياء فما اصاب الفائت يلزمه ولا يدخل الحروف الحلقية
فيه وهي الهمزة والهاء والعين والغين والحاء والخاء ولا الشفوية وهي
الباء والميم والفاء والواو وقيل ان قدر على اداء اكثرها تجب حكومة عدل لحصول
الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر تجب كل الدية لان الظاهر انه
لا يحصل منه الافهام والاصل فيه ما روي عن علي رضي الله عنه انه قسم الدية
على الحروف فما قدر عليه من الحروف اسقط بحسابه من الدية وما لم يقدر عليه
الزمه بحسابه منها وكذا الذكر لان فيه تفوت منفعة جمة من الوطء والايلاد
واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق
عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لانها اصل في منفعة الايلاج والدفق
والقصبة كالتابع له وكذا في العقل الدية اذا ذهب بالضرب لفوات منفعة
الادراك لان الانسان به يمتاز عن غيره من الحيوان وبه ينتفع بنفسه في معاشه
ومعاده وفي كل واحد من السمع والبصر والذوق والشم كمال الدية
لان لكل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رضي الله عنه قضى
لرجل على رجل باربع ديات بضربة واحدة وقعت على راسه ذهب بها
عقله وسمعه وبصره وكلامه وقال ابو يوسف لا يعرف الذهاب والقول
قول الجاني لانه المنكر ولا يلزمه شيء الا اذا صدقه او نكل عن اليمين وقيل
ذهاب البصر يعرفه الاطباء فيكون قول رجلين منهم عدلين حجة فيه وقيل
يستقبل به الشمس مفتوح العين فان دمعت عينه علم انها باقية والا
فلا وقيل يلقى بين يديه حية فان هرب منها علم انها لم تذهب وان لم
يهرب فهي ذاهبة وطريق معرفة ذهاب السمع ان يغافل ثم ينادى
فان اجاب علم انه لم يذهب والا فهو ذاهب وروي عن اسمعيل بن حماد ان امراة
ادعت انها لا تسمع وتطارشت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر
اليها ثم قال لها فجاة غطي عورتك فاضطربت وتسارعت الى جمع ثيابها
فظهر كذبها وكذا في اللحية وشعر الراس الدية اذا حلق ولم ينبت لانه
ازال جمالا على الكمال وقال مالك والشافعي لا يجب فيه الدية ويجب حكومة
عدل لان ذلك زيادة في الادمي ولهذا ينمو بعد كمال الخلقة ولهذا
يحلق الراس واللحية بعضها في بعض البلاد فلا يتعلق به الدية كشعر
الصدر والساق اذ لا يتعلق به منفعة ولهذا يجب في شعر العنفقة نقصان

العنفقة ولنا قول علي رضي الله عنه في الراس اذا حلق ولم ينبت الدية كاملة والموقوف
في هذا كالمرفوع لانه من المقادير فلا يهتدي اليه الراي ولانه فوت عليه جمالا
على الكمال لان اللحية في اوانها جمال وكذا شعر الراس جمال الا ترى ان الاصلع
يتكلف في ستره فيلزمه كمال الدية كما لو قطع الاذنين الشاخصتين والدليل
على انه جمال قوله عليه السلام ان لله ملائكة تسبيحهم سبحان من زين الرجال
باللحى والنساء بالقرون والذوائب بخلاف شعر الصدر والساق لانه
لا يتعلق به الجمال واما لحية العبد فقد روى الحسن عن ابي حنيفة انه يجب
فيه كمال القيمة فلا يلزمنا والجواب عن الظاهر ان المقصود من العبد
الاستخدام دون الجمال وهو لا يفوت بالحلق بخلاف الحر لان المقصود منه
في حقه الجمال فيجب بفواته كمال الدية وفي الشارب حكومة عدل في الاصح
لانه تابع للحية فصار طرفا من اطراف اللحية واختلفوا في لحية الكوسج
والاصح انه ان كان على ذقنه شعرات معدودة فليس في حلقه شيء لان وجوده
يشينه ولا يزينه وان كان ذلك على الخد والذقن جميعا ولكنه غير متصل
ففيه حكومة عدل وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه
جمال كامل وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبت حتى استوى كما كان لا يجب شيء
لانه لم يبق لفعل الجاني اثر فهو بمنزلة الضربة التي لا يبقى اثرها في البدن
ولكنه يؤدب على ذلك لارتكابه المحرم فان نبت ابيض فقد ذكر في النوادر انه
لا يلزمه شيء عند ابي حنيفة في الحر لان الجمال يزداد ببياض شعر اللحية وعندهما
يجب حكومة عدل لان البياض يشينه في غير اوانه فيجب حكومة العدل
باعتباره وفي العبد يجب حكومة عدل عندهم لانه تنتقص به قيمته ويستوي
العمد والخطا في حلق الشعر لان القصاص لا يجب فيه لانه عقوبة فلا يثبت
قياسا وانما يثبت نصا او دلالة فالنص انما ورد في النفس والجراحات
وهذا ليس في معناها لانه لا يتالم به ولا يتوهم فيه السراية بخلاف النفس
والجراحات ويؤجل فيه سنة فان لم ينبت فيها وجبت الدية ويستوي فيه
الصغير والكبير والذكر والانثى فان مات قبل تمام السنة ولم ينبت فلا
شيء عليه واما ما يكون مزدوجا من الاعضاء كالعينين واليدين ففي قطعهما
كمال الدية وفي قطع احدهما نصف الدية والاصل في ذلك ما روي انه عليه السلام
قال في العينين الدية وفي احداهما نصف الدية وفي اليدين الدية وفي احداهما
نصف الدية وفي الرجلين الدية وفي احداهما نصف الدية ولان في تفويت
الاثنين منها تفويت جنس المنفعة او تفويت الجمال على الكمال فيجب كل الدية
وفي تفويت احدهما تفويت نصف المنفعة فيجب النصف وهذا لان في تفويت

العينين واليدين والشفتين لتفويت منفعة الابصار ورد الطعم وامساك
الطعام عند الاكل ومنفعة الجمال على الكمال وفي تفويت الرجلين تفويت
منفعة المشي وفي الاذنين تفويت الجمال على الكمال وقد قضى رسول الله صلى
الله عليه وسلم في الاذنين بالدية وفي الانثيين تفويت منفعة الامناء والنسل
وفي ثديي المراة تفويت منفعة الارضاع بخلاف ثديي الرجل لانه ليس فيه
تفويت المنفعة ولا الجمال على الكمال فتجب فيه حكومة عدل وفي حلمتي
المراة كمال الدية وفي احداهما نصف الدية لفوات منفعة الارضاع وامساك
اللبن لانه اذا لم يكن لثديها حلمة يتعذر على الصبي الاستمساك عند الارتضاع
وقال مالك والشافعي يجب في الحاجبين حكومة عدل بناء على اصلهما انهما
لا يريان وجوب الدية في الشعر وعندنا يجب فيهما الدية لتفويتهما الجمال على الكمال
واما ما يكون من الاعضاء ارباعا فهي اشفار العينين ففيها الدية اذا قلعها
ولم تنبت وفي احدها ربع الدية لانها تتعلق بها الجمال على الكمال وتعلق بها
دفع الاذى والقذى عن العين وتفويت ذلك ينقص البصر ويورث العمى فاذا
وجب في الكل الدية وهي اربعة وجب في الواحد منها ربع الدية وفي الاثنين
نصف الدية وفي ثلثة ثلاثة ارباع الدية ثم يجوز ان يكون مراده بالاشفار
حروف العينين ولا اشكال فيه لانه حقيقة فيه ويجوز ان يكون مراده
الاهداب وسماها اشفارا تسمية للحال باسم المحل ومثله شائع لغة كما يقال
سال الميزاب وسال الوادي وهو لا يسيل وانما الماء هو الذي يسيل فيه
وقال محمد في اشفار العينين الدية كاملة اذا لم تنبت فان اراد به الشعر
لان الشعر هو الذي ينبت دون الجفون وايهما اريد كان مستقيما لان في كل
واحد من الشعر ومنابته دية كاملة فلا يختل المعنى ولو قطع الجفون باهدابها
تجب دية واحدة لان الاشفار مع الجفون كشيء واحد كالمارن مع القصبة والموضحة
مع الشعر واما ما يكون من الاعضاء اعشارا فالاصابع ففي قطع اصابع اليدين
او الرجلين كل الدية وفي قطع واحدة منها عشر الدية لقوله عليه السلام
وفي كل اصبع عشر من الابل ولانه في قطع الكل تفويت منفعة المشي او البطش
وفيه دية كاملة وهي عشرة فتنقسم الدية عليها والاصابع كلها سواء لاطلاق
ما روينا ولان الكل سواء في اصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيها كالاسنان
واليد اليمنى مع اليسرى وفي كل اصبع فيها ثلاثة مفاصل ففي احدها ثلث
دية الاصبع لانها ثلثها وما فيها مفصلان كالابهام ففي احدهما نصف دية
الاصبع لانه نصفها وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع وهو المراد
بقوله في المختصر وما فيها مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع ونصفها لو فيها

مفصلان واما ما يزيد على ذلك فالاسنان ففي كل سن نصف عشر الدية وهو
خمس من الابل وهي كلها سواء لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض طرقه
والاسنان كلها سواء ولان الكل في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاوت
فيه كالايدي والاصابع ولئن كان في بعضها زيادة منفعة ففي الاخر زيادة
الجمال فاستويا فزادت دية هذا الطرف على دية النفس بثلاثة اخماس
الدية لان الاسنان اثنان وثلاثون سنا عشرون اضراس واربعة انياب
واربع ثنايا واربع ضواحك فاذا وجب في الواحدة نصف عشر الدية
يجب في الكل دية وثلاثة اخماس الدية وذلك ستة عشر الف درهم هذا
اذا كان خطا وان كان عمدا ففيه القصاص وقد بيناه من قبل قال
وكل عضو ذهب نفعه ففيه دية كاملة كيد شلت وعين ذهب ضوؤها اي
اذا ضرب عضوا فذهب نفعه بضربه ففيه دية كاملة كما اذا ضرب يده فشلت
به او عينه فذهب ضوؤها لان وجوب الدية يتعلق بتفويت جنس المنفعة
فاذا زالت منفعته كلها وجب عليه موجبه كله ولا عبرة للصورة بدون
المنفعة لكونها تابعة فلا يكون لها حصة من الارش الا اذا تجردت عند
الاتلاف بان اتلف عضوا ذهبت منفعته فحينئذ يجب فيه حكومة عدل ان لم
يكن فيه جمال كاليد الشلاء او ارشه كاملا ان كان فيه جمال كالاذن الشاخصة
ولا يلزم من اعتبار الصورة والجمال عند الانفراد عن المنفعة اعتبارها
معها بل يكون تبعا لها فيكون المنظور اليه هو المنفعة فقط عند الاجتماع
وكم من شيء يكون تبعا لغيره عند الاتلاف فلا يكون له ارش ثم اذا انفرد
بالاتلاف يكون له ارش الا ترى ان الاعضاء كلها تبع للنفس فلا يكون لها
ارش اذا تلفت معها واذا انفردت بالاتلاف كان لها ارش ومن ضرب
صلب رجل فانقطع ماؤه تجب الدية لان فيه تفويت منفعة كاملة
وهي منفعة النسل وكذا احدبه لان فيه تفويت منفعة الجمال على الكمال
لان جمال الادمي في كونه منتصب القامة وقيل هو المراد بقوله تعالى
لقد خلقنا الانسان في احسن تقويم ولو زالت الحدوبة فلا شيء عليه لزوالها
لا عن اثر ولو بقي اثر الضربة ففيه حكومة عدل لبقاء الشين ببقاء اثرها

فصل في الشجاج

قال الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد
اي تخدشه ولا تخرج الدم ماخوذة من حرص القصار الثوب اي شقه في الدق
والدامعة بالعين المهملة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في
العين ماخوذة من الدمع فسميت بها لان الدم يخرج منها بقدر الدمع وقيل
لان عينه تدمع بسبب الم يحصل له منها وفي المحيط الدامعة هي التي تخرج منها

ما يشبه الدمع مأخوذ من دمع العين والدامية وهي التي تسيل الدم وذكر
المرغيناني ان الدامية هي التي تدمي من غير ان يسيل منها دم هو الصحيح مروي
عن ابي عبيدة والدامعة هي التي يسيل منها الدم كدمع العين ومن قال لان
صاحبها تدمع عيناه من الالم فقد ابعد والباضعة وهي التي تبضع الجلد
اي تقطعه مأخوذة من البضع وهو الشق والقطع ومنه مبضع الفصاد والمتلاحمة
هي التي تاخذ في اللحم وتقطعه كله ثم يتلاحم بعد ذلك اي تلتئم وتتلاصق
سميت بذلك تفاؤلا على ما تؤول اليه وروي عن محمد ان المتلاحمة قبل الباضعة
لان المتلاحمة مأخوذة من قولهم التحم الشيئان اذا اتصل احدهما بالآخر
فالمتلاحمة ما تظهر اللحم ولا تقطعه والباضعة بعدها لانها تقطعه
وفي ظاهر الرواية المتلاحمة تعمل في قطع اكثر اللحم وهي بعد الباضعة
وقال الامام الزاهدي الوجه ان يقال اللاحمة اي القاطعة للحم والاختلاف
الذي وجد في الشجاج راجع الى المأخذ الاشتقاق لا الى الحكم والسمحاق
وهي التي تصل الى السمحاق وهو الجلدة الرقيقة التي بين اللحم وعظم
الراس والموضحة وهي التي توضح العظم اي تبينه والهاشمة وهي التي
تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله والآمة
وهي التي تصل الى ام الدماغ وام الدماغ هي الجلدة الرقيقة التي تجمع الدماغ
وبعد الآمة شجة تسمى الدامغة بالغين المعجمة وهي التي تصل الى الدماغ
لم يذكرها محمد رحمه الله لان النفس لا تبقى بعدها عادة فتكون قتلا ولا
تكون من الشجاج والكلام في الشجاج وكذا لم يذكر الحارصة والدامعة لانهما
لا يبقى لهما في الغالب اثر وهذه الشجاج تختص بالراس والوجه لغة وما كان
في غيرهما يسمى جراحة هذا هو حقيقته والحكم مرتب على الحقيقة فلا يجب
بالجراحة ما يجب بالشجة من المقدر لان التقدير بالنقل وهو انما ورد في
الشجاج وهو مختص بالراس والوجه فيختص الحكم المقدر بهما ولا يجوز
الحاق الجراحة بها دلالة ولا قياسا لانها ليست في معناها في الشين
لان الراس والوجه يظهران في الغالب وغيرهما مستور غالبا فلا يظهر
واختلفوا في اللحيين فعندنا هما من الوجه فيتحقق الشجاج فيهما فيجب
فيهما موجبها خلافا لما يقوله مالك رحمه الله هو يقول انهما ليسا من الوجه
لان المواجهة لا تقع بهما ونحن نقول هما متصلان بالوجه من غير فاصل ويتحقق
معنى المواجهة فيهما ايضا كالذقن لانهما تحته وقال شيخ الاسلام ويجب ان
يفترض غسلهما في الوضوء لانهما من الوجه حقيقة الا انا تركناه للاجماع
ولا اجماع هنا فبقينا العبرة للحقيقة قال وفي الموضحة نصف عشر

الدية

الدية وفي الهاشمة عشرها وفي المنقلة عشر ونصف عشر وفي الآمة
والجائفة ثلثها فان نفذت الجائفة فثلثاها لما روي في كتاب
عمرو بن حزم رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في الموضحة خمس
من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشرة وفي الآمة ويروى
المأمومة ثلث الدية وقال عليه السلام في الجائفة ثلث الدية وعن ابي
بكر رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية
ولانها اذا نفذت صارت جائفتين فيجب في كل واحدة منهما الثلث
وهي تكون في الراس والبطن بخلاف سائر الشجاج حيث لا يكون الا في
الراس والوجه وقيل لا يتحقق الجائفة فيما فوق الحلق قال وفي
الحارصة والدامعة والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق حكومة
عدل لان هذه ليس فيها ارش مقدر من جهة السمع ولا يمكن اهداره فيجب
فيها حكومة عدل وهو ماثور عن النخعي وعمر بن عبد العزيز رحمهما الله
واختلفوا في تفسير هذه الحكومة قال الطحاوي تفسيرها ان يقوم
مملوكا بدون هذا الاثر ثم يقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما
فان كان ثلث عشر القيمة مثلا يجب ثلث عشر الدية وان كان ربع عشر القيمة
يجب ربع عشر الدية وقال الكرخي رحمه الله ينظر كم مقدار هذه الشجة
من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى
المنصوص عليه وكان الكرخي رحمه الله يقول ما ذكره الطحاوي ليس بصحيح
لانه لو اعتبر بذلك الطريق فربما يكون نقصان القيمة اكثر من نصف عشر
الدية فيؤدي الى ان يوجب في هذه الشجاج وهو دون الموضحة اكثر مما
اوجبه الشرع في الموضحة وانه محال بل الصحيح الاعتبار بالمقدار وقال
الصدر الشهيد ينظر المفتي في هذا ان امكنه الفتوى بالثاني بان
كانت الجناية في الراس والوجه يفتي بالثاني وان لم يتيسر عليه ذلك
يفتي بالقول الاول وان شاء افتى بالاول لانه ايسر قال وكان المرغيناني
يفتي به وقال في المحيط والاصح انه ينظر كم مقدار هذه الشجة من اقل
شجة لها ارش مقدر فان كان مقداره مثل نصف شجة لها ارش او ثلثها
وجب نصف او ثلث ارش تلك الشجة وان كان ربعا فربع ذكره بعد ذكر
القولين وكانه جعله قولا ثالثا والاشبه ان يكون هذا تفسيرا لقول
الكرخي وقال شيخ الاسلام قول الكرخي اصح لان عليا اعتبر بهذا
الطريق في من قطع طرف لسانه على ما بيناه من قبل قال ولا قصاص
في غير الموضحة لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيه لان ما دون الموضحة

لسكونه حد ينتهي اليه السكين وما فوقها ككسر العظم ولا قصاص فيه
لقوله عليه السلام لا قصاص في العظم وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة
وفي ظاهر الرواية يجب القصاص فيما دون الموضحة ذكره محمد رحمه الله
في الاصل وهو الاصح لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم
ولا خوف التلف هنا كالجائفة فيسبر غورها بمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر
ذلك فتقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص بذلك وفي الموضحة
القصاص ان كانت عمدا لما روي انه عليه السلام قضى بالقصاص في الموضحة
ولان المساواة فيها ممكنة بانهاء السكين الى العظم فيتحقق استيفاء القصاص
قال وفي اصابع اليد نصف الدية اي اصابع اليد الواحدة لان في كل
اصبع عشرا من الابل لما روينا فيكون في الخمسة خمسون ضرورة وهو النصف
ولان في قطع الاصابع تفويت منفعة البطش وهو الموجب على ما مر قال
ولو مع الكف هذا متصل بما قبله اي في اصابع اليد نصف الدية وان قطعها
مع الكف ولا يزيد الارش بسبب الكف لان الكف تبع للاصابع في حق البطش
لان قوة البطش بها وقال عليه السلام في اليدين الدية وفي احديهما نصف
الدية واليد اسم لجارحة يقع بها البطش لان اسم اليد يدل على القوة
والقدرة والبطش يقع بالاصابع والكف فيجب فيهما دية واحدة لان
منفعتهما جنس واحد فيكون الكف تبعا للاصابع قال ومع نصف
ساعد نصف الدية وحكومة اي اذا قطع الكف مع نصف الساعد يجب نصف
الدية وحكومة عدل نصف الدية في الكف والاصابع والحكومة في نصف الساعد
وهو قول ابي حنيفة ومحمد ورواية عن ابي يوسف وعنه ان ما زاد على الاصابع
من اليد والرجل الى المنكب والى اصل الفخذ هو تبع فلا تزيد به الدية
لان الشارع اوجب في الواحدة منهما نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة
الى المنكب والرجل الى اصل الفخذ فلا يزاد على تقدير الشرع ولان
الساعد ليس له ارش مقدر شرعا فيكون تبعا لما له ارش مقدر فيه كالكف
ووجه الظاهر ان اليد اسم لالة باطشة ووجوب الارش باعتبار منفعة
البطش وقوة البطش تتعلق بالاصابع والكف تبع لها في البطش فكذا في
الارش ولا يقع البطش بالساعد اصلا ولا تبعا فلا يدخل في ارشه ولانه
لو جعل تبعا لا يخلو اما ان يجعل تبعا للاصابع او للكف ولا وجه الى الاول
لوقوع الفصل بينهما بالكف ولا الى الثاني لان الكف تبع للاصابع ولا تبع
للتبع ولا نسلم ان اليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب بل هي اسم الى الزند
اذا ذكرت في موضع القطع بدليل اية السرقة قال رحمه الله وفي قطع

الكف وفيها اصبع او اصبعان عشرها او خمسها ولا شيء في الكف اي اذا كان
في الكف اصبع او اصبعان فقطعها يجب عشر الدية في الاصبع الواحدة وخمسها
في اصبعين ولا يجب في الكف شيء وهذا عند ابي حنيفة وقالا ينظر الى ارش
الكف والى ارش ما فيها من الاصابع فيجب اكثرهما ويدخل القليل في الكثير
لان الجمع بين الارشين متعذر اجماعا لان الكل شيء واحد اذ ضمان الاصبع
هو ضمان الكف وضمان الكف هو ضمان الاصبع وكذا اهدار احدهما
متعذر ايضا لان كل واحد منهما اصل من وجه اما الكف فلان الاصابع
قائمة به واما الاصابع فلانها هي الاصل في منفعة البطش فاذا كان كل
واحد منهما اصلا من وجه رجحنا بالكثرة كما قلنا فيمن شج رأس انسان
وتناثر بعض شعره يدخل القليل في الكثير ولابي حنيفة رحمه الله ان الاصابع
اصل حقيقة لان منفعة اليد وهي البطش والقبض والبسط قائمة
بها وكذا حكما لانه عليه السلام جعل الدية بمقابلة الاصابع حيث اوجب
في اليد نصف الدية ثم جعل في كل اصبع عشرا من الابل ومن ضرورته ان يكون
كلها بمقابلة الاصابع فلا يعارض حتى يصار الى الترجيح بالكثرة ولئن تعارضا
فالترجيح بالاصل حقيقة وحكما اولى من الترجيح بالكثرة الا ترى ان الصغار
اذا اختلطت مع المسان تجب فيها الزكاة تبعا وان كانت الصغار اكثر
ترجيحا للاصل بخلاف ما استشهدا به من الشجة لان احدهما ليس تبعا للاخر
ولان ارش الاصبع ثابت بالنص وليس للكف ارش مقدر شرعا فلو ثبت انما
يثبت بالرأي والاجتهاد وذلك لا يصلح لابطال المنصوص عليه لانه
انما يصار اليه الا للضرورة عند تعذر العمل لعدم النقل
او شبهه فكيف يصار اليه هنا مع وجوده بل لابطاله وهذا خارج عن
القواعد وقيل هذا لو كان في الكف مفصل واحد من اصبع واحدة يجب ارش
المفصل على الظاهر عنده ولا يجب في الكف شيء لان ارش ذلك المفصل مقدر
شرعا وما بقي من الاصل وان قل فهو اولى كما قال في القسامة ان اهل
الخطة اولى بها من المشترين وان قلوا لكونهم اصلا ولا يظهر حكم التبع معه
وان كثر وروى الحسن عنه ان الباقي اذا كان دون اصبع يعتبر اكثرهما
ارشا لان ارش ما دون الاصبع غير منصوص عليه وانما ثبت اعتباره بالمنصوص
عليه بنوع اجتهاد وكونه اصلا باعتبار النص فاذا لم يرد النص في ارش
مفصل ولا مفصلين اعتبر فيه الاكثر والاول اصح لان ارشه ثبت بالاجماع
وهو كالنص ولو لم يبق في الكف اصبع ولا بعضها يجب فيه حكومة عدل لا تبلغ
ارش اصبع لان قيمة التبع لا تبلغ قيمة المتبوع ولو كان في الكف ثلاث اصابع يجب

ارش الاصابع ولا يجب في الكف شيء بالاجماع لان الاصابع اصل على ما بينا وللاكثر
حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت كلها قائمة قال وفي الاصبع
الزائدة وعين الصبي وذكره ولسانه اذا لم تعلم صحته بنظر وحركة وكلام
حكومة عدل اما الاصبع الزائدة فلانها جزء الآدمي فيجب الارش فيها تشريفا
له وان لم يكن فيها نفع ولا زينة كما في السن الزائدة ولا يجب فيها القصاص
وان كان للقاطع اصبع زائدة لان المساواة شرط لوجوب القصاص في
الطرف ولم يعلم تساويهما الا بالظن فصار كالعبد يقطع طرف العبد فاذا
تعذر القصاص للشبهة وجب ارشها وليس لها ارش مقدر في الشرع فيجب
فيها حكومة عدل بخلاف لحية الكوسج حيث لا يجب فيها شيء لان اللحية
لا تبقى فيها اثر الحلق فلا تلحقه الشين بالحلق بل يبقى الشعرات يلحقه
ذلك فيكون نظير من قلم ظفر غيره تغيرا زينته وفي قطع الاصبع الزائدة يبقى
اثره فيشينه ذلك فيجب الارش واما عين الصبي وذكره ولسانه فلان المقصود
من هذه الاشياء المنفعة فاذا لم يعلم صحتها لا يجب ارشها كاملا بالشك
بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود منهما الجمال وقد فوته على
الكمال وكذلك لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة
الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على الرؤية
وهو المراد بقوله ان لم يعرف صحته بنظر وحركة وكلام فيكون بعد معرفة
صحة ذلك حكمه حكم البالغ في الخطا والعمد اذا اثبت ذلك بالبينة او باقرار
الجاني وان انكر ولم يقم به بينة فالقول قول الجاني وكذا اذا قال
لا اعرف صحته لا يجب عليه الارش كاملا الا بالبينة وقال الشافعي رحمه
الله يجب الدية كاملا كيف ما كان الا اذا عرف انها غير صحيحة لان الغالب
فيها الصحة فاشبه الاذن والمارن قلنا الظاهر لا يصلح للاستحقاق
وانما يصلح للدفع وحاجتنا الى الاستحقاق وقد ذكرنا الفرق بين هذه
الاعضاء وبين الاذن والانف وفي ذكر الخصي والعنين حكومة عدل وقال
الشافعي رحمه الله تجب دية كاملة لقوله عليه السلام وفي الذكر الدية من
غير فصل ولنا ان المنفعة وهو الايلاج والانزال والاحبال هي المقصودة
من هذا العضو فاذا اعدمت لا يجب فيها دية كاملة كالعين القائمة
بلا ضوء واليد الشلاء والرجل الشلاء قال ومن شج رجلا موضحة فذهب
عقله او شعر راسه دخل ارش الموضحة في الدية لان فوات العقل يبطل
منفعة جميع الاعضاء اذ لا ينتفع بها بدونه فصار بالنسبة الى سائر الاعضاء
كالنفس فيدخل ارشها كما في النفس وارش الموضحة تجب بفوات جزء من الشعر

حتى

حتى لو نبت يسقط ويجب الدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد
وهو فوات الشعر فيدخل الجزء في الجملة فصار كما اذا قطع اصبع رجل فشلت
يده كلها فحاصله ان الجناية متى وقعت على عضو واحد فاتلفت شيئين وارش
احدهما اكثر دخل الاقل فيه ولا فرق في هذا بين ان تكون الجناية عمدا
او خطا وان وقعت على عضوين لا يدخل ويجب لكل واحد منهما ارشه سواء كان
عمدا او خطا عند ابي حنيفة رحمه الله لسقوط القصاص به عنده وعندهما يجب
للاول القصاص ان كان عمدا وامكن الاستيفاء والا فكما قال ابو حنيفة
وقال زفر رحمه الله لا يدخل ارش الاعضاء بعضه في بعض لان كلا منهما جناية
فيما دون النفس فلا تتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما بينا قال
وان ذهب سمعه او بصره او كلامه اي لو شجه موضحة فذهب احد هذه
الاشياء لا يدخل ارش الموضحة في ارش احد هذه الاشياء وهذا عند ابي
حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يدخل ارش الموضحة في دية السمع والكلام ولا
يدخل في دية البصر لانه ظاهر فلا يلحق بالعقل فلا يدخل فيه ارش الموضحة
واما السمع والكلام فلانهما مبطنان فيلحقان بالعقل فيدخل فيهما ارش
الموضحة كما يدخل في ارش العقل ولنا ان كل واحد من هذه المنافع اصل بنفسها
فيتعدد حكم الجناية بتعددها ولا يدخل بعضها في بعض لان الجزء لتعدد
اثر الفعل لا لاتحاد الفعل بخلاف العقل لان منفعته تعود الى كل الاعضاء
اذ لا ينتفع بالاعضاء بدونه فصار كالنفس او نقول ذهاب العقل في معنى
تبديل النفس والحاقه بالبهائم فيكون بمنزلة الموت ولا كذلك سائر الاعضاء
او نقول ان العقل ليس له موضع يشار اليه فصار كالروح للجسد وقال
الحسن ارش الموضحة لا يدخل في دية العقل ايضا لاختلاف محل الجناية
فان محل العقل غير محل الموضحة بخلاف الموضحة مع الشعر لاتحاد سببهما
قلنا ما بينا والحجة عليه ما بينا قال وان شجه موضحة فذهبت عيناه
او قطع اصبعا فشلت اخرى او قطع المفصل الاعلى فشل ما بقي او كل اليد
او كسر نصف سنه فاسود ما بقي فلا قود وهذا كله قول ابي حنيفة مطلقا
وقالا يجب القصاص في الموضحة والدية في العين فيما اذا شجه موضحة
فذهبت عيناه وكذا اذا قطع اصبعا فشلت اخرى بجنبها يقتص للاولى
ويجب الارش للاخرى وعند زفر لا يجب القصاص في العضوين بل يجب ارش
كل واحد منهما كاملا وان كان عضوا واحدا بان قطع الاصبع من المفصل الاعلى
فشل ما بقي منها يكتفي بارش واحد ان لم ينتفع بما بقي وان كان ينتفع به يجب
دية المقطوع ويجب حكومة عدل في الباقي بالاجماع وكذا اذا كسر نصف

السن واسود ما بقي او اصفر او احمر تجب دية السن كله بالاجماع ولو قال
اذ قطع المفصل الاعلى واترك ما بقي او اكسر القدر المكسور من السن واترك
الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما اذا
شجه منقلة فقال اشجه موضحة واترك الباقي ليس له ذلك والاصل عنده
ان الفعل الواحد اذا اوجب مالا في البعض سقط القصاص سواء كانا عضوين
او عضوا واحدا وعندهما في العضوين يجب القصاص مع وجوب المال وان كان
عضوا واحدا لا يجب لهما في الخلافية ان الفعل في محلين مختلفين فيكون
جنايتين لان الفعل يتعدد بتعدد اثره فصار كجنايتين مبتدأتين فاشبه
ما اذا رمى الى رجل فاصابه ونفذ السهم الى
غيره فقتله فيجب القود في الاول والدية في الثاني وكمن قطع اصبعا
فاضطرب السكين فاصاب اصبعا اخرى خطأ فانه يقتص للاولى دون الثانية
بخلاف كسر بعض السن اذا اسود ما بقي منها او قطع الاصبع من المفصل الاعلى
فشل ما بقي منها او شلت اليد كلها لانه لا يمكن ان يجعل كفعلين مبتدأين
لاتحاد الفعل والمحل ولابي حنيفة ان الجرح الاول ساري وليس
في وسعه الساري فيسقط القصاص ويجب المال والدليل على انه سراية ان فعله
اثر في نفس واحدة والسراية عبارة عن الالام تتعاقب من الجناية على البدن
ويتحقق ذلك في نفس واحدة في موضعين منها كما يتحقق في الاطراف مع النفس
بان مات من الجناية بخلاف نفسين فان الفعل في النفس الثانية مباشرة
على حدة ليس بسراية الجناية الاولى اذ لا يتصور السراية من نفس الى نفس فلا
بد من ان يجعل ذلك في حكم فعل على حدة وفي النفس الواحدة لا يحتاج الى ان
يجعل كفعلين لانه فعل واحد حقيقة والسراية فيها متصور فاورثت
شبهة الخطأ في السراية لان الفعل اذا صار لا يوجب القصاص
بعد قتله اثر ذلك في بدايته وبخلاف ما اذا اضطرب السكين فقطع اصبعا
اخرى حيث يجب القصاص في الاولى لان القطع في الاخرى ليس بالفعل
الاول ولا باثره بل بفعل اخر مقصود فينفرد بحكمه او نقول ان ذهاب
البصر ونحوه حصل بطريق التسبيب فان الفعل الاول باق على اسمه لم
يتغير في الاصل في سرايته الا فعال الا بقي الاول بعد ما حدثت السراية
كالقطع اذا سرى الى النفس صار قتلا فلم يبق قطعا وهاهنا الشجة
اذا القطع لم ينعدم بذهاب البصر ونحوه فكان الفعل الاول تسبيبا الى فوات
البصر ونحوه بمنزلة حفر البئر والتسبيب لا يوجب القصاص وعن محمد
رحمه الله في المسئلة الاولى وهو ما اذا شجه موضحة فذهب بصره انه يجب

القصاص فيهما رواية ابن سماعة عنه ووجهه ان سراية الفعل تنسب الى
الفعل شرعا حتى يجعل الفاعل مباشرا للسراية فيؤخذ به كما لو سرى الى النفس
فانه يجب القصاص ويعتبر قتلا ابتداء بطريق المباشرة بخلاف ما لو قطع اصبعا
فشلت بجنبها اخرى او شجه موضحة فذهب بها سمعه او كلامه حيث لا يجب
القصاص في الشلل والسمع والكلام وانما يجب في المقطوعة والموضحة فقط
لانه لا يجب القصاص في الشلل والسمع والكلام لعدم الامكان وفي البصر
يجب لامكان الاستيفاء الا ترى انه لو اذهبه وحده بفعل مقصود منه يجب
القصاص في البصر دون الشلل والسمع والكلام فافترقا ولو كسر بعض السن
فسقطت ففيها القصاص على رواية ابن سماعة وعلى الرواية المشهورة
لا قصاص فيها ولو شجه فاوضحه ثم شجه اخرى فاوضحه فتآكلتا حتى صارتا
شيئا واحدا فلا قصاص فيها في المشهور وعلى رواية ابن سماعة عن محمد يجب
القصاص والوجه فيهما ما بيناه **قال** وان قلع سنه فنبتت مكانها
اخرى سقط الارش وهذا عند ابي حنيفة وقالا عليه الارش كاملا لان
الجناية وقعت موجبة له والذي نبت نعمة مبتدأة من الله تعالى فصار كما
لو اتلف مال انسان فحصل للمتلف عليه مال اخر ولابي حنيفة ان الجناية
قد زالت معنى ولهذا لو قلع سن صبي فنبتت مكانها اخرى لا يلزمه شيء
بالاجماع وهذا لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها
اخرى فلم تفت المنفعة ولا الزينة وعن ابي يوسف انه يجب حكومة عدل
لوجود الالم الحاصل هذا اذا نبتت مثل الاول وان نبتت معوجة فعليه حكومة
عدل عند ابي حنيفة ولو نبتت الى النصف فعليه نصف الارش ولو قلع سن
غيره فردها صاحبها مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع كمال الارش لان هذا
لا يعتد به اذ العروق لا تعود وفي النهاية قال شيخ الاسلام رحمه الله هذا
اذا لم تعد الى حالها الاولى بعد النبات في المنفعة والجمال واما اذا عادت
فلا شيء عليه كما لو نبتت وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت فيجب على
القاطع ارشها لانها لا تعود الى ما كانت عليه **قال** وان اقتص من
سن الاول يجب معناه اذا قلع رجل سن رجل فاقتص له اي اقتص من القالع
ثم نبتت سن الاول اي سن المقتص له يجب على المقتص له ارش سن المقتص منه
لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث
نبتت مكانها اخرى فانعدمت الجناية ولهذا استانا حولا وينبغي ان ينتظر
الياس في ذلك للقصاص خوفا من مثله الا ان في اعتبار ذلك تضييع الحقوق
فاكتفينا بالحول لانه تنبت فيه ظاهرا على تقدير عدم الفساد فاذا مضى

الحول ولم ينبت قضينا بالقصاص ثم اذا نبتت تبين انا اخطانا فيه وكان استيفاؤها
بغير حق الا انه يسقط القصاص للشبهة فتجب المال وفي النهاية الصحيح انه
يستانى في سن البالغ حتى يبرا الا ان نباته نادر ولا يفيد تاجيله السنة
فيؤجل الى البرء ليعلم عاقبته وعزاه الى التتمة ولو ضرب سن انسان فتحركت
يستانى حولا ليظهر اثر فعله ولو سقطت سنه واختلفا قبل الحول فالقول
للمضروب ليفيد التاجيل بخلاف ما اذا شجه موضحة ثم جاء وقد صارت
منقلة حيث يكون القول للضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة والتحريك
يورثها السقوط ولو اختلفا بعد الحول فالقول للضارب ولو اسودت
بالضرب او احمرت او اخضرت يجب الارش كله لزوال الجمال ولا يجب فيه القصاص
لتعذر الامكان وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقى او احمر او اخضر يجب فيه
الارش كاملا ولا يجب فيه القصاص لما قلنا فاوجب في الاسوداد ونحوه
كمال الارش ولم يفرق بين سن وسن وقالوا ينبغي ان يفصل بين الاضراس
التى لا ترى وبين العوارض التى ترى فيجب في الاول حكومة عدل ان لم يفت
به منفعة المضغ وان فات يجب الارش كله وفي الثاني يجب الارش كله كيف ما
كان لفوات الجمال وان اصفرت يجب فيها حكومة عدل وقال زفر رحمه الله
يجب فيها ارش السن كاملا لان الصفرة تؤثر في تفويت الجمال كالسواد .
ولنا ان الصفرة لا توجب تفويت الجمال ولا تفويت المنفعة فان الصفرة
لون السن في اصل الخلقة في بعض الناس ولا كذلك السواد والحمرة والخضرة
الا ان كمال الجمال في البياض فيجب في الصفرة حكومة عدل وروى محمد
عن ابي حنيفة رضي الله عنه ان الصفرة في الحر لا توجب شيئا وفي العبد
توجب حكومة عدل لان الصفرة من الوان السن والمقصود من السن
الانتفاع بها والصفرة لا تخل به غير ان المقصود من المملوك المالية
وهي قد تنتقص بالصفرة وان اختلفا في حصول الاسوداد وقد صار انكاره
له كانكاره اصل الفعل وفي الاستحسان القول قول المضروب لان ما
ظهر عقيب فعل الجاني يحال على الفعل لانه السبب الظاهر الا ان يقيم
الجاني البينة انه لغيره **قال** وان شج رجلا فالتحم ولم يبق له اثر
او ضرب فجرح فبرا وذهب اثره فلا ارش وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف عليه ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشين الموجب
ان زال فالالم الحاصل لم يزل وقال محمد عليه اجرة الطبيب لان ذلك
لزمه بفعله فكانه اخذ ذلك من ماله واعطاه للطبيب وفي شرح الطحاوي
فسر قول ابي يوسف عليه ارش الالم باجرة الطبيب والمداواة فعلى هذا

٢

لا خلاف بين ابي يوسف ومحمد ولابي حنيفة رحمه الله ان الموجب هو الشين
الذي يلحقه بفعله وزوال منفعته وقد زال ذلك بزوال اثره والمنافع
لا تتقوم الا بالعقد كالاجارة والمضاربة الصحيحتين او بشبهة العقد
كالفاسد منهما ولم يوجد شيء من ذلك في حق الجاني فلا يلزمه الغرامة
وكذا مجرد الالم لا يوجب شيئا لانه لا قيمة لمجرد الالم الا ترى ان من ضرب
انسانا ضربا مؤلما من غير جرح لا يجب عليه شيء من الارش وكذا لو شتمه شتما
يؤلم قلبه لا يضمن شيئا **قال** ولا قود بجرح حتى يبرا وقال الشافعي
يقتص منه في الحال لان الموجب قد تحقق فلا يؤخر كما في القصاص في
النفس ولنا ما روي انه عليه السلام نهى ان يقتص من جرح حتى يبرا صاحبه
رواه احمد والدارقطني ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لاحتمال ان
يسري الى النفس فيظهر انه قتل فلا يعلم انه جرح الا بالبرء فيستقر به **قال**
وكل عمد سقط فيه القود بشبهة كقتل الاب ابنه عمدا فديته في مال القاتل
وكذا ما وجب صلحا او اعترافا ولم يكن نصف العشر اي نصف عشر الدية
لما روي عن ابن عباس موقوفا ومرفوعا لا يعقل العاقلة عمدا ولا عبدا
ولا صلحا ولا اعترافا ولان العاقلة تتحمل عن القاتل تخفيفا عنه وذلك
يليق في الخطأ لانه معذور دون المتعمد لانه يوجب التغليظ والذي
وجب بالصلح انما وجب بعقده والعاقلة لا تتحمل ما وجب بالعقد وانما
تتحمل ما وجب بالقتل وكذا ما لزمه بالاقرار لا تتحمله العاقلة لان له
ولاية على نفسه دون عاقلته فيلزمه دونهم وانما لا يتحمل اقل من نصف
عشر الدية لانه لا يؤدي الى الاجحاف والاستئصال بالجاني والتحمل للتحرز
عنه فلا حاجة اليه ثم الكل يجب مؤجلا الى ثلاث سنين الا ما وجب بالصلح
فانه يجب حالا لانه واجب بالعقد فيكون حالا كالثمن وما دون ارش
الموضحة يجب في سنة لانه دون ثلث الدية والثلث وما دونه يجب في سنة
وقال الشافعي ما وجب بقتل الاب ابنه يجب حالا لان القصاص سقط
شرعا الى بدل فيكون ذلك البدل حالا كبدل المتلفات والتاجيل
في دية القتل خطا ثبت شرعا تخفيفا لانه معذور ولا كذلك العامد
فلا يستحق التخفيف فيجب حالا الا ترى ان تحمل العاقلة لما كان تخفيفا
عنه لا يستحقه فكذا هذا التخفيف ولان الدية بدل المقتول وحقه
في نفسه حال فكذا في البدل تحقيقا لمعنى الجبر ولنا ان هذا مال وجب
بنفس القتل فيكون كما اذا وجب بالقتل خطا او شبه عمد او بالاعتراف
بخلاف ما وجب بالصلح لانه مال وجب بالعقد ابتداء فلا يشبه حال الا

بالشرط كسائر العقود والمعنى فيه ان المتلف ليس بمال وما ليس بمال لا يتضمن
بالمال اصلا لانه ليس بقيمة له اذ لا يقوم مقامه وقيمة الشيء ما يقوم مقامه
وانما عرفنا تقومه بالمال بالشرع والشرع انما قومه بدية مؤجلة الى ثلاث
سنين وايجاب المال حالا زيادة على ما اوجبه الشرع وصفا فلا يجوز كما
لا يجوز ايجاب الزيادة على ما اوجبه الشرع قدرا **قال** وعمد الصبي
والمجنون خطأ وديته على عاقلته ولا تكفير فيه ولا حرمان عن الميراث
والمعتوه كالصبي وقال الشافعي رحمه الله عمده عمد فتجب الدية في ماله
لان العمد هو القصد وهو ضد الخطأ ممن يتحقق منه الخطأ يتحقق منه العمد
ولهذا يؤدب ويعزر والتعزير يكون على فعل يقع عمدا لا خطأ وكان ينبغي
ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة لانهم ليسوا من اهل العقوبة فيجب
عليهم موجبه الاخر وهو المال لانه اهل لوجوبه عليهم وصار نظير السرقة
فانهم اذا سرقوا لا تقطع ايديهم ويجب عليهم ضمان المال المسروق منه لما
قلنا ولهذا اوجب عليهم التكفير بالمال لانه اهل للغرامة المالية دون
العقوبة لعدم الخطاب وكذا يحرم الميراث عنده بالقتل ولنا ان مجنونا صال
على رجل بسيف فضربه فرفع ذلك الى علي رضي الله عنه فجعل عقله على عاقلته
بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وقال عمده وخطأه سواء ولان الصبي
مظنة المرحمة قال عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا
والعاقل المخطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على عاقلته فهؤلا
وهم اعذر اولى بهذا التخفيف فتجب على العاقلة اذا كان الواجب
قدر نصف العشر او اكثر بخلاف ما دونه لانه يسلك به مسلك الاموال
كما في البالغ العاقل ولا نسلم تحقق العمد منهم لانه عبارة عن القصد
وهو يترتب على العلم والعلم بالعقل وهم عدموا العقل او قاصروه
فكيف يتحقق منهم القصد وصاروا كالنائم وحرمان الارث عقوبة وهم
ليسوا من اهلها والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب لهم لتستره لانهم
مرفوعوا القلم ولان الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة بمعنى ان
فيها معنى العبادة ومعنى العقوبة ولا تجب عليهم عبادة ولا عقوبة
وكذا سبب الكفارة يكون دائرا بين الحظر والاباحة لتكون العقوبة
متعلقة بالحظر وفعلهم لا يوصف بالجناية لانها اسم لفعل محظور وكل
ذلك مبني على الخطاب وهم ليسوا مخاطبين فكيف تجب عليهم الكفارة والله
اعلم **فصل في الجنين قال** رحمه الله ضرب بطن امرأة
فالقت جنينا ميتا تجب غرة نصف عشر الدية الغرة الخيار غرة المال خياره

كالفرس والبعير النجيب والعبد والامة الفارهة وقيل انما سمي ما يجب
في الجنين غرة لانه اول مقدار ظهر في باب الدية وغرة الشيء اوله كما سمي
اول الشهر غرة وسمي وجه الانسان غرة لانه اول شيء يظهر منه والمراد
نصف عشر الدية دية الرجل لو كان الجنين ذكرا وفي الانثى عشر دية المرأة
وكل منهما خمسمائة درهم ولهذا لم يبين في المختصر انه ذكر او انثى لان دية
المرأة نصف دية الرجل فالعشر من ديتها قدر نصف العشر من دية الرجل
والقياس ان لا يجب شيء في الجنين لانه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح
حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الا نقصان الام ان نقصت
والا فلا يجب شيء او القياس ان يجب كمال الدية لانه بضربه منع حدوث
الحياة فيه فيكون بذلك كالمزهق للروح ولهذا المعنى وجب قيمة ولد المغرور
فانه منع من حدوث الرق فيه وكذا اوجب على المحرم قيمة بيض الصيد بكسره
وجه الاستحسان ما روي ان امرأة من هذيل ضربت بطن امرأة بحجر فقتلتها
وما في بطنها فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى ان دية
جنينها غرة عبد او وليدة وقضى بدية المرأة على عاقلتها رواه البخاري
ومسلم واحمد ويعقل العاقلة عندنا وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء
ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس من وجه
ولهذا قال عليه السلام دوه والدية بدل النفس ويجب في سنة وقال
الشافعي في ثلاث سنين لانه بدل النفس الا ترى انه يورث وبدل العضو يكون
لصاحب العضو ولنا ما روي عن محمد بن الحسن انه قال بلغنا ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قضى بالغرة على العاقلة في سنة ولانه ان كان بدل
النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو ايضا من حيث الاتصال
بالام فعملنا بالشبهين بالاول في حق التوريث وفي وجوب الدية وان لم
يحصل بالام نقصان وبالثاني في حق التاجيل الى سنة لان بدل العضو اذا
كان ثلث الدية او اقل يجب في سنة واحدة بخلاف اجزاء الدية حيث يجعل كل جزء
منها في ثلاث سنين حتى لو قتله عشرة انفس يجب على عاقلة كل واحد منهم
عشر الدية في ثلاث سنين ويستوي في الجنين الذكر والانثى لاطلاق
ما روينا ولان التفاوت في الاحياء انما ثبت لتفاوت معنى الادمية في
المالكية فان الذكر يملك المال والنكاح والانثى لا تملك سوى المال فكان
الذكر ازيد فيما هو من خصائص الادمية وهذا المعنى في الجنين معدوم
اذ لا يملك ولا يستحق سوى الاعتاق وتوابعه والنسب ولا يستحق شيئا من
المال الا بطريق الارث والوصية فيستوي الذكر والانثى فيهما ولانه قد لا

يورث الذكر من الانثى فيتقدر الكل بمقدار واحد تيسيرا **قال** فان القته
حيا فمات فدية أي تجب دية كاملة لانه اتلف ادميا خطا او شبه عمد فتجب
فيه الدية كاملة **قال** وان القته ميتا ثم ماتت الام فدية وغرة لما روينا
ولانه جنى جنايتين فتجب عليه موجبهما وهذا لما عرف ان الفعل يتعدد بتعدد
اثره فصار كما اذا رمى فاصاب شخصا ونفذ منه الى اخر فقتله فانه يجب
عليه ديتان ان كانا خطا وان كان الاول عمدا يجب القصاص والدية **قال**
وان ماتت فالقته ميتا فدية فقط وقال الشافعي تجب الغرة مع الدية
لان الجنين مات بضربه ظاهرا فصار كما اذا القته ميتا وهي بالحياة ولنا
ان موت الام سبب لموته ظاهرا لان حياته بحياتها وتنفسه بتنفسها فيتحقق
موته بموتها فلا يكون في معنى ما ورد به النص اذ الاحتمال فيه اقل فلا يضمن بالشك
وان القته حيا بعد ما ماتت تجب عليه ديتان دية الام ودية الولد لانه
قتلهما فصار كما اذا القته حيا ومات **قال** وما يجب فيه يورث عنه
ولا يرث الضارب فلو ضرب بطن امراته فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب
غرة ولا يرث منها وانما يورث لانه نفس من وجه على ما بينا والغرة بدل نفسه
فيرثه ورثته ولا يرث الضارب من الغرة شيئا لانه قاتل مباشرة ظلما ولا ميراث
للقاتل بهذه الصفة **قال** وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته
لو كان حيا وعشر قيمته لو انثى وقال الشافعي يجب فيه عشر قيمة الام لانه جزء
من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل ولهذا وجب في جنين الحرة
عشر ديتها بالاجماع وهو الغرة ولنا انه بدل نفسه فلا يقدر بغيره اذ لا نظير
له في الشرع والدليل على انه بدل نفسه فلا يقدر بغيره اذ لا نظير له في
الشرع والدليل على انه بدل نفسه ان الامة اجتمعت على انه لا يشترط فيه
نقصان الاصل ولو كان ضمان الطرف لما وجب الا عند نقصان الاصل ويؤيد
ذلك ان ما يجب في جنين الحرة موروث ولو كان بدل الطرف لما ورث والحر والعبد
لا يختلفان في ضمان الطرف انه لا يورث وانما يختلفان في ضمان النفس ولو كان
ضمان الطرف لما ورث في الحر فاذا ثبت انه ضمان النفس كان ديته مقدرة بنفس
الجنين لا بنفس غيره كما في سائر المضمونات ولا نسلم ان الغرة مقدرة بدية
الام بل بدية نفس الجنين اذ لو كان حيا فيجب نصف عشر ديته ان كان ذكرا وعشر
ديته ان كان انثى فكذا في جنين الامة يجب بتلك النسبة من قيمته لان كل ما
كان مقدرا من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد فيجب نصف عشر قيمته ان
كان ذكرا وعشر قيمته ان كان انثى وعن ابي يوسف انه يجب ضمان نقصان الام
ان انتقصت بذلك اعتبارا بجنين البهائم وهذا على اصله مستقيم لان

الضمان

الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده مطلقا ولهذا ايجاوز به دية الحر
عنده والاول هو الظاهر اعتبارا بالحر لان الوجوب للصيانة وهما
في الحاجة اليها سواء هذا اذا كان الجنين من غير مولاها ومن غير المغرور
واما اذا كان من احدهما ففيه الغرة المذكورة في جنين الحرة ذكرا كان
او انثى لانه حر **قال** رحمه الله فان حرره سيده بعد ضربه فالقته
فمات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العتق لان الوجوب
بالضرب والضرب صادفه وهو رقيق فيجب قيمته حيا لانه صار قاتلا
له وهو حي فاعتبرنا حالتي السبب والتلف فاوجبنا عليه القيمة باعتبار
حالة السبب وهو الضرب لانه رقيق حينئذ واوجبنا عليه جميع قيمته
باعتبار حالة التلف كانه ضربه في الحال وكان ينبغي ان يجب ما نقص
بضربه الى ان يوجد العتق كما لو قطع يد عبد او جرحه فاعتقه المولى
ثم مات يجب عليه ارش اليد او الجرح وما نقص من قيمته الى العتق لان
العتق يقطع السراية لكنا اعتبرنا فيه الحالتين فجعل كانه الضرب لم يوجد
في حق الجنين لان المقصود بالضرب الام واوجب القيمة دون الدية
لانه صار قاتلا له بالضرب الاول فصار كما لو رمى عبدا فاعتقه المولى
ثم وقع عليه السهم فمات فانه تجب عليه القيمة للمولى لان الرمي ليس
بجناية ما لم يتصل بالمحل فلا يجب فيه شيء بدون الاتصال به بخلاف
القطع والجرح لانه جناية في الحال والعتق يقطع سرايتها ومع هذا يجب
القيمة دون الدية لانه يصير قاتلا من وقت الرمي لان الفعل المملوك
له وقال فخر الاسلام قال بعضهم يجب ما يعني قوله حيا اي الدية وقوله
ولا تجب الدية ليس من الجامع الصغير ووجهه ان الضرب وقع على الام
فلم يعتبر جناية في حق الجنين الا بعد الانفصال حيا ولذلك لم يقطع
سرايته بخلاف من جرح فاعتقه مولاه وقال بعضهم بل المراد به حقيقة
القيمة لان الجناية قد تمت به لكن لا يعتبر في حق الجنين مقصودا الا بعد
الانفصال فاشبه الرمي الذي تم من الرامي ولا يعتبر في حق المرمي اليه الا
بعد الاصابة وقيل هذا عندهما وعند محمد يجب قيمته ما بين كونه
مضروبا الى كونه غير مضروب لان العتق قاطع للسراية **قال** ولا كفارة
في الجنين وقال الشافعي يجب الكفارة لانه نفس من وجه فيجب احتياطا
لما فيها من العبادة ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة لانها شرعت زاجرة
وفيها معنى العبادة لانها تتادى بالصوم وقد عرف وجوبها في النفوس
المطلقة فلا يتعداها لان العقوبة لا يجري فيها القياس وقول الشافعي

شيئا فغرمه لانه كان بمنزلة جزاء حتى اوجب عليه عتق رقبة الامر وهنا اعتبره
نفسا حتى اوجب فيه الكفارة ونحن اعتبرناه جزاء من وجه ولهذا لم يجب فيه كل البدل
فكذا لا يجب فيه الكفارة لان الاعضاء لا كفارة فيها الا اذا تبرع بها لانه
ارتكب محظورا فاذا تقرب بها الى الله تعالى كان افضل له ويستغفر الله تعالى مما
صنع من الجريمة العظيمة والجنين الذي استبان بعض خلقه كالتام في جميع
ما ذكرنا من الاحكام لاطلاق ما رويناه ولانه ولد في حق الاحكام كامومية
الولد وانقضاء العدة به والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولانه
به يتميز من العلقة والدم فلا بد منه قال وان شربت دواء لتطرحه او
عالجت فرجها حتى اسقطته ضمن عاقلتها الغرة ان فعلت بلا اذن لانها اتلفته
متعدية فيجب عليها ضمانه وتتحمل عنها العاقلة لما بينا ولا ترث من الغرة
شيئا لانها قاتلة بغير حق والقاتل لا يرث بخلاف ما اذا فعلت ذلك باذن
الزوج حيث لا يجب الغرم لعدم التعدي ولو فعلت ام الولد ذلك بنفسها
حتى اسقطت فلا شيء عليها ما لم تستحق لاستحالة وجوب الدين على المملوك
لسيده ولو استحقت وجب للولي غيره لانه تبين انه ليس مملوكا لها وانه مغرور
وولد المغرور حر الاصل وهي متعدية بذلك الفعل فصارت قاتلة للجنين
فتجب الغرة له ويقال للمستحق ان شئت سلم الجارية وان شئت فدها لانه
الحكم في جناية المملوك

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال ومن اخرج الى الطريق العامة كنيفا او ميزابا او جرصنا او دكانا
فلكل نزعه اي لكل احد من اهل الخصومة مطالبته بالنقض كالمسلم البالغ
العاقل الحر والذمي لان لكل منهم المرور بنفسه وبدوابه فيكون له الخصومة
بنقضه كما في الملك المشترك بخلاف العبيد والصبيان المحجور عليهم حيث
لا يؤمر بالهدم بمطالبتهم لان خصومة المحجور عليه لا يعتبر في ماله بخلاف
الذمي هذا اذا بنى لنفسه واما اذا بنى للمسلمين كالمسجد ونحوه فلا ينقض كذا
روي عن محمد رحمه الله وقال اسمعيل الصفار انما ينقض بخصومته اذا لم يكن
له مثل ذلك فان كان له مثله لا يلتفت الى خصومته لانه لو اراد به
ازالة الضرر عن الناس لبدا بنفسه وحيث لم يزل ما في قدرته علم انه متعنت
ثم الكلام في هذه المسئلة في ثلاث مواضع احدها في انه هل يحل له احداثه
في الطريق ام لا والثاني في الخصومة في منعه من الاحداث فيه ورفعه بعد
والثالث في ضمان ما تلف بسبب الاشياء اما الاحداث فقد قال شمس الائمة
ان كان الاحداث يضر باهل الطريق فليس له ان يحدث ذلك وان كان لا
يضر باحد لسعة الطريق جاز له احداثه فيه ما لم يمنع منه لان الانتفاع في

الطريق

الطريق بالمرور فيه من غير ان يضر باحد جائز فكذا ما هو مثله فيلحق به
اذا احتاج اليه واذا اضر بالمارة لا يحل له لقوله عليه السلام لا ضرر ولا
ضرار في الاسلام وهذا نظير من عليه الدين فانه لا يسعه التاخير اذا طالبه
صاحبه ولو لم يطالبه جاز له تاخيره وعلى هذا القعود في الطريق للبيع
والشراء يجوز ان لم يضر باحد وان اضر لم يجز لما قلنا واما الخصومة فيه
فقال ابو حنيفة لكل احد من عرض الناس ان يمنعه من الوضع وان يكلفه
الرفع بعد الوضع سواء كان فيه ضرر او لم يكن اذا وضع بغير اذن الامام
لان فيه افتياتا على رأيه لان التدبير في امور العامة الى الامام وعلى قول
ابي يوسف لكل احد ان يمنعه من الوضع قبل الوضع لا بعده لانه بالوضع
صار في يد خاصة والذي يخاصمه بعد ذلك يريد ابطال يد الخاصة
من غير دفع ضرر عن نفسه فيكون متعنتا ولا كذلك قبل الوضع لانه
ليس فيه ابطال يد الخاصة من غيره فيصير دافعا عن نفسه فيكون محتسبا ولا
كذلك ولكل احد يد فيه والذي يريد الاحداث يقصد ابطال ايديهم العامة
وادخاله في يد الخاصة فكان لكل احد ان يمنعه من ذلك وعلى قول محمد
رحمه الله ليس لاحد ان يمنعه قبل الوضع ولا بعده اذا لم يكن فيه ضرر لاحد من
الناس لانه ماذون له في احداثه شرعا الا ترى انه يجوز له ذلك ان لم يمنعه
احد والمانع منه متعنت فلا يمكن من ذلك فصار كما لو اذن له الامام بل
اولى لان اذن الشارع احرى وولايته اقوى فصار كالمرور حيث لا يجوز لاحد
ان يمنعه منه وجوابه ان هذا انتفاع بما لم يوضع له الطريق فكان لهم منعه
وان كان جائزا في نفسه بخلاف المرور فيه لانه انتفاع بما وضع له فلا
يكون لاحد منعه قال وله التصرف في النافذ الا اذا اضر به لان له ان
يتصرف باحداث الجرصن وغيره مما تقدم ذكره في الطريق النافذ اذا لم
يضر بالعامة معناه اذا لم يمنعه احد وقد ذكرناه والخلاف الذي
فيه فلا نعيده قال وفي غيره لا يتصرف الا باذنهم اي في غير النافذ من
الطريق لا يتصرف احد باحداث ما ذكرنا الا باذن اهله لان الطرق التي
ليست بنافذة مملوكة لاهلها فهم فيها شركاء ولهذا يستحقون بها الشفعة
والتصرف في الملك المشترك من الوجه الذي لم يوضع له لا يملك الا باذن
الكل اضر بهم او لم يضر بخلاف النافذ لانه ليس لاحد فيه ملك فيجوز الانتفاع
به ما لم يضر باحد ولانه اذا كان الطريق نافذا كان حق العامة فيتعذر
الوصول الى اذن الكل فجعل كل واحد كانه هو المالك وحده في حق الانتفاع
ما لم يضر باحد ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقي

على الشركة خفيفة وحده قال فإن مات أحد بسقوطها فديته على عاقلته
كما لو حفر بيرا في طريق أو وضع حجرا فتلف به إنسان أي إذا مات إنسان
بسقوط ما ذكره من كنيف أو ميزاب أو جرصن فديته على عاقلة من أخرجه إلى
الطريق لأنه سبب لهلاكه متعد في إحداث ما يتضرر به المارة باشتغال هواء
الطريق به أو بإحداث ما يحول بينهم وبين الطريق وكذا إذا عثر بنقضه إنسان
أو عثر بما أحدثه هو رجل فوقع على آخر فماتا فديتهما على عاقلة من أحدثه لأن
الواقع كالمدفوع على الآخر ولو سقط الميزاب فأصاب ما كان في الداخل رجلا
فقتله فلا ضمان على أحد لأنه وضع ذلك في ملكه فلا يكون متعديا فيه وإن
أصابه ما كان خارجا منه فالضمان على من وضعه لأنه متعد فيه بشغل هواء
الطريق ولو أصابه الطرفان وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف وصار كما
إذا جرحه إنسان وسبع ومات منهما ولو لم يعلم أي طرف أصابه ففي القياس
لا يجب عليه شيء لأنه إن أصابه ما كان خارجا يضمن وإن أصابه ما كان
داخلا لا يضمن فلا يضمن بالشك لأن فراغ ذمته كان ثابتا بيقين وفي الشغل
شك وفي الاستحسان يضمن النصف لأنه في حال يضمن الكل وفي حال لا يضمن
شيئا فيضمن النصف ولا يقال ينبغي أن يضمن ثلاثة أرباع الدية لأنه يضمن
في حالة النصف وهو ما إذا أصابه الطرفان فيتنصف فيكون مع النصف
الأول ثلاثة أرباع لأن أحوال الإصابة حالة واحدة فلا يتعدد لاستحالة
اجتماعهما بخلاف حالة الحرمان ولو أشرع جناحا إلى الطريق ثم باع الكل
فأصاب الجناح رجلا فقتله أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة
وتركها المشتري حتى عطب بها إنسان فالضمان على البائع لأن فعله لم
ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب بخلاف الحائط المائل إذا باعه بعد
الإشهاد عليه ثم سقط بعد ملك المشتري على إنسان حيث لا يضمن البائع ولا
المشتري لأن المشتري لم يشهد عليه ونحوه في الحائط المائل وفي حق البائع
قد بطل الإشهاد الأول لأن الملك شرط لصحة الإشهاد فيبطل بخروجه
عن ملكه لأنه لا يتمكن من نقضه لتلك الغير وفيما نحن فيه إنما يضمن باشتغال
هواء الطريق لا باعتبار الملك والاشتغال باق بعد البيع فيضمن ألا ترى
أن ذلك الاشتغال لو حصل من غير مالك كالمستأجر والمستعير أو الغاصب
تصرفه في الحائط لا يضمن غير المالك ولو وضع في الطريق جمرا فأحرق به شيء
يضمنه لأنه متعد فيه ولو حركت الريح عين الجمر فحولته إلى موضع آخر فأحرق
شيئا لا يضمن لنسخ الريح فعله بالتحويل وإن حركت الشرار يضمن عند بعضهم
لأن العين باقية فلم ينفسخ فعله فكانت الجناية باقية وقيل إذا كان

اليوم

اليوم ريحا يضمن وإن حولته أيضا لأنه فعل ذلك مع علمه بعاقبته وقد أفضى
إليها فيضمن كمباشرته أو بمنزلة دابة جالت في رباطها ولو استأجر رب الدار
الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة فوقع قبل أن يفرغوا من العمل فقتل
إنسانا فالضمان عليهم لأن التلف بفعلهم لأن العمل لم يكن مسلما إلى رب
الدار قبل فراغهم منه فانقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة
ويحرمون من الإرث بخلاف ما تقدم من المسائل من إخراج الجناح أو الميزاب
أو الكنيف إلى الطريق فقتل إنسانا بسقوطه حيث لا يجب فيه الكفارة
ولا يحرم الإرث لأنه تسبيب وهنا مباشرة والقتل غير داخل في عقدهم
فلم يستند فعلهم إليه فاقتصر عليهم وقال شيخ الإسلام رحمه الله هذا
على وجوه أما إن قال لهم ابنوا لي جناحا على فناء داري فإنه ملكي أو لي فيه
حق إشراع الجناح إليه من القديم ولم يعلموا الفعلة ثم ظهر بخلاف ما قال
ثم سقط فأصاب شيئا فالضمان على الأجراء ويرجعون بالضمان على الآمر
قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده لأن الضمان
وجب على العامل بأمر الآمر فكان له أن يرجع به عليه كما لو استأجر شخصا ليذبح
له شاة ثم استحقت الشاة بعد الذبح كان للمستحق أن يضمن الذابح ويرجع
الذابح به على الآمر فكذا هذا وأما إن قال لهم أشرعوا لي جناحا على فناء
داري وأخبرهم أنه ليس له حق الإشراع في القديم أو لم يخبرهم حتى بنوا ثم سقط
فأتلف شيئا إن سقط قبل الفراغ من العمل فالضمان عليهم لم يرجعوا به على
الآمر قياسا وإن سقط بعد الفراغ من العمل فكذلك في جواب القياس لأن
المستأجر أمرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا فساد أمره فلم يحكم بالضمان
على المستأجر كما لو استأجر رجلا ليذبح شاة جاره وأعلمه فذبح ثم ضمن الذابح
للجار لا يرجع به على الآمر وكذا لو استأجرهم ليبنوا له بناء في وسط الطريق ثم
سقط فأتلف شيئا لم يرجعوا به على الآمر وفي الاستحسان يكون الضمان على
الآمر لأن هذا الأمر صحيح من حيث إنه فناء داره مملوك له من وجه على معنى
أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة لكن غير صحيح وغير مملوك له من حيث
إنه لا يجوز بيعه فمن حيث إن الأمر صحيح يكون قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ
من العمل ومن حيث إنه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل
عملا بهما وإظهار شبهة الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من إظهاره قبل
الفراغ لأن أمر الآمر إنما صح من حيث إنه تملك الانتفاع بفناء داره وإنما
يحصل له ذلك بعد الفراغ من العمل قوله كما لو حفر بيرا في طريق أو وضع
حجرا فتلف به إنسان أي القتل بسقوط الميزاب ونحوه كالقتل بحفر البير

ووضع الحجر في الطريق لان كل واحد منهما قتل بسبب حتى لا يجب فيه الكفارة ولا
يحرم الميراث فيكون حكمه كحكمه فيما ذكرناه **قال** ولو بهيمة فضمانها في ماله
اي لو كان الهالك في البير او بسقوط الجرصن بهيمة تكون ضمانها في ماله لان
العاقلة لا تتحمل ضمان المال والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة
القاء الحجر والخشبة لان كل ذلك تسبيب بطريق التعدي بخلاف ما اذا كان
في ملكه لعدم التعدي وبخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان
حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فيه لانه لم يحدث فيه شيئا وانما قصد اماطة
الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل به انسان ضمن لوجود
التعدي بشغله الطريق ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فتلف به نفس
او مال كان ضمانه على من نحاه لان فعل الاول انتسخ وكذا اذا صب الماء في الطريق
اورش او توضأ فعطب به نفس او مال يضمن لانه متعد فيه بخلاف ما اذا فعل
ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد فيه او وضع خشبة او متاعه
لان لكل احد من اهله ان يفعل ذلك لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة
بخلاف الحفر فانه ليس من ضرورات السكنى فيضمن ما عطب به كالدار المشتركة غير
انه لا يضمن في السكة ما تلف بالحفر وفي الدار المشتركة يضمن لان شريكه مالكا
حقيقة في الدار حتى يبيع نصيبه ويقسم بخلاف السكة قالوا هذا اذا رش ماء
كثيرا بحيث يزلق فيه عادة واما اذا لم يجاوز المعتاد لا يضمن ولو تعمد المرور
في موضع الصب مع علمه بذلك لا يضمن الراش لانه هو الذي خاطر بنفسه فصار
كمن وثب في البير من جانب الى جانب فوقع فيها بخلاف ما اذا كان بغير علمه
بان كان ليلا او اعمى وقيل يضمن مع العلم ايضا اذا رش جميع الطريق لانه
مضطر في المرور فيه وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في اخذها
جميع الطريق او بعضه ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الامر
استحسانا ولو استاجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته فاصاب انسانا فمات فان
كان بعد فراغه يجب على الامر استحسانا وان بنى في وسط الطريق فالضمان
على الاجير لفساد الامر وان حفر بالوعة في الطريق فان امره السلطان
بذلك لا يضمن لانه غير متعد فيه لان له ولاية في امور العامة وبغير امره يضمن
ما عطب فيها لوجود التعدي لانه وان كان مباحا فهو مقيد بشرط السلامة
وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه
وغيره لان المعنى لا يختلف وفناء داره كداره حتى لا يضمن ما عطب بما حفره فيه
لان له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء
مملوكا او كان له حق الحفر بان اذن له الامام او كان لا يضر باحد لانه غير

متعد

متعد فيه اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا بان كان في سكة غير نافذة فانه يضمنه
لانه مسبب متعد وهذا اصح ولو وقع رجل في البير المحفور في طريق العامة فمات فيه
جوعا او عطشا او غما فلا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة لانه مات بمعنى في نفسه والضمان
انما يجب اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف في الجوع كذلك وان مات غما يجب
الضمان على الحافر لانه لا سبب للغم سوى الوقوع فيه اما الجوع والعطش فلا يختص
بالبير وقال محمد يضمن في الوجوه كلها لان ذلك حصل له بسبب الوقوع ولولا
ذلك لتناول الخبز والماء **قال** ومن جعل بالوعة في طريق بامر سلطان او في
ملكه او وضع خشبة فيها اي في الطريق او بنى قنطرة بلا اذن الامام فتعمد رجل
المرور عليها لم يضمن لان حفر البالوعة باذن الامام او في ملكه ليس بتعد ووضع الخشبة
والقنطرة بلا اذن الامام وان وجد التعدي فيهما لكن تعمده بالمرور عليهما يقطع
النسبة الى الواضع لان الواضع مسبب والمار مباشر وصار نظير صاحب علته فلا
يعتبر التسبيب معه وقد بيناه وامثاله فيما مضى وان استاجر اجراء يحفرون له في
غير فنائه فضمانه على المستاجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا انها في غير فنائه
لان امره به قد صح اذ لم يعلموا فنقل فعلهم الى الامر لانهم مغرورون من جهته
فصار كما اذا امرهم بذبح هذه الشاة فذبحوها ثم ظهر ان الشاة لغير الامر فانه
في الشاة يضمن المامور ويرجع به على الامر لكونه مغرورا من جهته وهنا يجب الضمان
على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستاجر متعد
فرجح جانبه فان علموا بذلك فالضمان على الاجراء لان امره لم يصح لانه لا يملك
ان يفعل بنفسه ولا غرور من جهته لعلمهم بذلك فبقي الفعل مضافا اليهم
ولو قال لهم هذا فنائي وليس لي حق الحفر فيه فحفروا فمات فيه انسان فالضمان
على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فلم يغرهم وفي الاستحسان الضمان على
المستاجر لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من
القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان امرا بالحفر
في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكذا ينقل اليه وقال شيخ الاسلام اذا كان
الطريق معروفا انه للعامة ضمنوا استووا قال لهم انه لي او لم يقل لعلمهم بفساد
امره **قال** ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان ضمن سواء تلف بالوقوع
او بالعثرة به بعد الوقوع لان حمل المتاع في الطريق على راسه او على ظهره
مباح له لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمي الى الهدف او الصيد
قال ولو كان رداء قد لبسه فسقط لا اي لو كان المحمول رداء قد لبسه فسقط
على انسان فعطب به لا يضمن والفرق بينه وبين الشيء المحمول ان حامل الشيء
يقصد حفظه فلا حرج بالتقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد

حفظا لما يلبسه فيخرج بالتقييد بوصف السلامة فيجعل في حقه مباحا مطلقا
وعن محمد رحمه الله اذا لبس زيادة على قدر الحاجة او ما لا يلبس عادة كاللبد
والجوالق والدرع من الحديد في غير الحرب ضمن لانه لا ضرورة الى لبسه وشغول
الضمان باعتبارها للعموم البلوى **قال** مسجد لعشيرة فعلق رجل منهم
قنديلا او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان من غيرهم
ضمن وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن في الوجهين لان هذه قربة
يثاب عليها الفاعل فصار كاهل المسجد كما لو كان باذنهم وهذا لان بسط
الحصير وتعليق القنديل من باب التمكين من اقامة الصلاة فيه فيكون من باب
التعاون على البر والتقوى فيستوي فيه اهل المسجد وغيرهم وله ان التدبير
فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح
بابه واغلاقه وتكرار الجماعة حتى يعتبر من سبقهم في حق الكراهية وبعدم
يكره فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم
مقيدا بها وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطا الطريق كما اذا انفرد
بالشهادة على الزنا وكما اذا وضع على الطريق لاماطة الاذى او لدفع الظلم
فعطب به غيره يوجر على ذلك ويغرم والطريق فيه الاستيذان من اهله وقال
الحلواني اكثر المشايخ اخذوا بقولهما وعليه الفتوى وعن ابن سلام باني
المسجد اولى بالعمارة والقوم اولى بنصب الامام والمؤذن وعن الاسكاف
الباني احق بذلك قال ابو الليث وبه ناخذ الا ان ينصب والقوم يرون من
هو اصلح لذلك **قال** وان جلس فيه رجل منهم اي في المسجد فعطب به احد
ضمن ان كان في غير الصلاة وان كان فيها لا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القران او للتعليم او للصلاة
او نام فيه في الصلاة او في غيرها او مر فيه او قعد فيه للحديث فهو على
هذا الاختلاف واما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن
بلا خلاف وصلاة التطوع كالفرض بالاجماع لهما ان المساجد بنيت للصلاة
والذكر قال الله تعالى في بيوت اذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه وقال
تعالى وانتم عاكفون في المساجد فاذا بنيت لها لا يمكنه اداء الصلاة مع الجماعة
الا بانتظارها وكان الجلوس فيه من ضروراتها فيباح له ولان المنتظر للصلاة
في الصلاة لقوله عليه السلام المنتظر للصلاة في الصلاة ما دام ينتظرها
وتعليم الفقه وقراءة القران عبادة كالذكر فيتناوله النص دلالة وله ان
المسجد بني للصلاة وغيرها من العبادة تبع بدليل ان المسجد اذا ضاق على
المصلي كان له ان يزعج القاعد عن موضعه حتى يصلي فيه وان كان القاعد

مشتغلا بذكر الله تعالى او بقراءة القران او التدريس او معتكفا وليس لاحد
ان يزعج المصلي عن مكانه الذي سبق اليه فلما انه بني لها والاسم يدل عليه
لان المسجد اسم لموضع السجود وفي العادة ايضا لا يعرف بناء المسجد الا للصلاة
فاذا كان كذلك فلا بد من اظهار التفاوت بينهما فكان الكون فيه في حق
الصلاة مباحا مطلقا من غير تقييد بشرط السلامة وفي حق غيرها
مقيدا بشرط السلامة ليظهر التفاوت بين الاصل وبين التبع ولا يبعد
ان يكون الفعل قربة مقيدا بشرط السلامة الا ترى ان من وقف في الطريق
لاصلاح ذات البين كان قربة في نفسه ومع هذا يضمن اذا اتلف به شيئا ولا
فرق فيه بين ان يكون الرجل من اهل المسجد او من غيرهم في الصحيح وذكر صدر
الاسلام ان الاظهر ما قالا لان الجلوس من ضرورات الصلاة فيكون
ملحقا بها لان ما ثبت ضرورة الشيء يكون حكمه كحكمه وذكر شمس الائمة ان
الصحيح من مذهب ابي حنيفة ان الجالس لانتظار الصلاة لا يضمن وانما الخلاف
في عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القران ودرس الفقه والحديث وذكر
الفقيه ابو جعفر في كشف الغوامض سمعت ابا بكر يقول ان جلس لقراءة القران
او معتكفا لا يضمن بالاجماع وذكر في الذخيرة انه اذا قعد فيه لحديث او نام
او قام فيه لغير الصلاة او مر فيه مارا ضمن عنده وقالا لا يضمن وان قعد
للعبادة كانتظار الصلاة او الاعتكاف او قراءة القران او للتدريس
او للذكر اختلف المتاخرون فيه على قوله فقال بعضهم يضمن والى
ذهب ابو بكر الرازي وقال بعضهم لا يضمن واليه ذهب ابو عبد الله الجرجاني
حكى ذلك كله في النهاية **وصل في الحائط المائل**
قال رحمه الله حائط مائل الى طريق العامة ضمن ربه ما تلف به من نفس
او مال ان طالب بنقضه مسلم او ذمي ولم ينقضه في مدة يقدر على نقضه
وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن وهو قول الشافعي رحمه الله لانه لم يوجد
منه صنع هو تعد لا مباشرة علة ولا مباشرة شرط او سبب لان البناء كان
في ملكه مستقيما والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فلا يضمن كما اذا لم يشهد
عليه ووجه الاستحسان مروي عن علي رضي الله عنه وعن شريح والنخعي
والشعبي وغيرهم من التابعين ولان الحائط لما مال فقد اشتغل
هواء الطريق بملكه ورفعه في قدرته فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه
يجب عليه فاذا امتنع مع التمكن منه صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب
انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب به حتى يضمن
بهلاكه في يده لتعديه بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب

قبل الطلب ولانا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذار
الوقوع عليهم فيتضررون بذلك ودفع الضرر العام واجب وله تعلق بالحائط
لانه ملكه فتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يجب تحمله لدفع الضرر العام
كالرمي الى الكفار وان تترسوا بصبيان المسلمين وكقطع اليد المتآكلة ثم
ما تلف به من النفوس تحمله العاقلة لانها تتحمل تخفيفا عنه كي لا يؤدي الى
الاستئصال فيتواخى بذلك لان جنايته دون الخطا فيكون ادعى الى التخفيف
وقال محمد رحمه الله لا تحملها العاقلة حتى يشهد الشهود على ثلاثة اشياء على
التقدم اليه في النقض وعلى انه مات بالسقوط عليه وعلى ان الدار له لان
اقراره لا يكون حجة على غيره والثلاثة تثبت بظاهر اليد لا يصلح حجة للاستحقاق
وما تلف به من الاموال فضمانه عليه لان العاقلة لا تعقل المال والشرط
طلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند جحوده
او جحود عاقلته فكان من باب الاحتياط كالاشهاد على طلب الشفعة لا على سبيل
الشرط لصحة الطلب كعقد النكاح ولا يصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب
النقض مثل ان يقول ان حائطك هذا مخوف او مائل فاهدمه حتى لا يسقط
فيتلف شيئا او اهدمه فانه مائل صح الطلب وصار اشهادا اذا كان بحضرة
الشهود وكذا لو قال [illegible] اشهدوا اني تقدمت الى
هذا الرجل في هدم حائطه هذا صح ايضا ولو قال له ينبغي لك ان تهدمه فهذا
ليس بطلب ولا اشهاد بل هو مشورة ويشترط ان يكون التقدم الى من
له ولاية التفريغ كالمالك والوصي في مال الصغير او الجد او العبد التاجر
كان عليه دين او لا والتالف به يكون في رقبته ان كان مالا والنفس على
عاقلة المولى والى الراهن في الدار المرهونة لانه القادر على الهدم والى
المكاتب لان التلف حال بقاء الكتابة يجب عليه قيمته لتعذر الدفع وبعد
عتقه على عاقلة المولى وبعد العجز لا يجب على احد لعدم قدرة المكاتب
وعدم الاشهاد على المولى ولو تقدم الى من يسكنها باجارة او اعارة او الى
المرتهن او المستأجر او المودع لا يعتد به حتى لو سقط واتلف شيئا لا يضمن
الساكن ولا المالك ويشترط دوام تلك الولاية الى وقت السقوط حتى لو خرج
عن ملكه بالبيع بعد الاشهاد برئ عن الضمان لعدم قدرته على النقض ويشترط
للضمان ان تمضي مدة يتمكن فيها من النقض بعد الاشهاد حتى اذا اشهد عليه
فسقط من ساعته قبل التمكن من نقضه لا يضمن ما تلف به لعدم قدرته على
النقض ولا يصح الاشهاد قبل ان يهي الحائط لانعدام التعدي ابتداء وانتهاء
ويقبل فيه شهادة رجل وامراتين لانه شهادة على التقدم لا على القتل

وسوى في المختصر بين ان يكون المطالب بالنقض مسلما او ذميا لان الناس كلهم
شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من اي من كان بعد ان كان بالغا
عاقلا حرا او مكاتبا ذكرا كان او انثى لانه مطالبة بحق فلا يختص باحد من
الاهل بخلاف العبيد والصبيان المحجور عليهم لانهم ليسوا باهل المطالبة حتى
فكذا الحق العامة الا اذا اذن لهم المولى او الولي في الخصومة فحينئذ جاز طلبهم
واشهادهم لانهم بالاذن التحقوا بالحر البالغ ثم بعد الاشهاد تكون الخصومة
عند السلطان او نائبه كما في سائر الخصومات **قال** وان بناه مائلا ابتداء
ضمن ما تلف بسقوطه بلا طلب لانه تعدى بالبناء فصار كاشراع الجناح ووضع
الحجر وحفر البئر في الطريق **قال** وان مال الى دار رجل فالطلب الى ربها
لان الحق له على الخصوص وان كان يسكنها غيره كان له ان يطالبه لان له المطالبة
بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواها **قال** فان اجله او ابرأه
صح بخلاف الطريق اي ان اجله صاحب الدار او ابرأه جاز تاجيله وابراؤه
حتى لو سقط في الابراء او قبل مضي المدة في التاجيل لا يضمن لان الحق له على ما ذكرنا
بخلاف ما اذا مال الى الطريق العام فاجله القاضي او من شهد عليه او ابرأه
حيث لا يصح التاجيل والابراء الا في حق نفسه لان الحق فيه لجماعة المسلمين
وليس للقاضي ولا لغيره ان يبطل حقهم وهو المراد بقوله بخلاف الطريق والساكن
في الدار كالمالك فيه حتى يصح تاجيله وابراؤه لما ذكرنا **قال** حائط خمسة
اشهد على احدهم فسقط على رجل ضمن خمس الدية وان كان ثلاثة حفر احدهم فيها
بيرا او بنى حائطا فعطب به رجل ضمن ثلثي الدية وهذا عند ابي حنيفة رحمه
الله وقالا رحمهما الله ضمن نصف الدية في الفصلين لان التلف بنصيب من اشهد
عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر وفي الحفر باعتبار ملكه غير متعد
وباعتبار ملك شريكه متعد فكانا قسمين فانقسم عليهما نصفين كما اذا اهلك بجرح
الرجل ونهش الحية وعقر الاسد ولابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الموت حصل
بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة وهو
القليل منه حتى يعتبر كل جزء علة على حدة فيجتمع العلل فاذا كان كذلك يضاف
التلف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات
لان كل جراحة علة مستقلة بنفسها للتلف صغرت الجراحة او كبرت على ما عرف
في موضعه الا ان التلف عند المزاحمة يضاف الى الكل لعدم الاولوية فان
قيل الواحد من الشركاء لا يقدر ان يهدم شيئا من الحائط فكيف يصح التقدم اليه
قلنا ان لم يتمكن من هدم نصيبه يتمكن من اصلاحه بطريقه وهو المرافعة
الى الحكام وبه يحصل الغرض لان المقصود ازالة الضرر باي طريق كان ولا يتعين

بالهدم ولو وقع الحائط على الطريق بعد الإشهاد فعثر إنسان بنقضه فمات ضمن
لأن النقض ملكه فيكون التفريغ إليه والإشهاد على الحائط إشهاد على النقض
لأن المقصود إزالة الشغل بخلاف ما إذا سقط الحائط على إنسان ومات فعثر
بالقتيل غيره فمات حيث لا يجب عليه ضمان الثاني لأن التفريغ منه إلى الأولياء
لا إليه ولا يكون الإشهاد على الحائط إشهادا على القتيل بخلاف ما لو كان
مكان الحائط جناح والمسألة بحالها حيث يضمن القتيل الثاني أيضا لأن
وضع الجناح جناية إذ الوضع فعله فصار كأنه ألقاه عليه بيده ولهذا
لا يشترط الإشهاد عليه فيه فيكون الثاني مضافا إليه كالأول فيجب عليه
تفريغ الطريق عن القتيل أيضا فإذا لم يفرغ صار جانيا وفي الحائط لم يوجد
منه الفعل وإنما جعل كالفاعل بترك النقض استحسانا فيظهر ذلك في
حق القتيل الأول دون الثاني فلم يكن سقوط القتيل الأول في ضمن الثاني
بفعله فلا يجب عليه التفريغ عنه ألا ترى أنه لو باع الحائط أو النقض
برئ من الضمان ولو كان بفعله لما برئ كما لو باع الجناح ولو عطب بجرة كانت
على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لأن التفريغ إليه وإن كانت
ملك غيره لا يضمنه لأن التفريغ إلى مالكها ولو سقطت الجرة وحدها لا يضمن
ما عطب بسقوطها لأنه وضعها في ملكه ذكره في النهاية وعزاه إلى المبسوط

باب جناية البهيمة والجناية عليها وغير ذلك

قال رحمه الله ضمن الراكب ما وطئت دابته بيد أو رجل أو رأس أو كدمت
أو خبطت أو صدمت لا ما نفحت برجل أو ذنب إلا إذا أوقفها في الطريق والأصل
أن المرور في طريق المسلمين مباح بشرط السلامة لأنه يتصرف في حقه من وجه
وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالإباحة مقيدا
بالسلامة ليعتدل النظر من الجانبين فيما يمكن الاحتراز عنه لا فيما لا يمكن لأن
تقييده بها مطلقا يؤدي إلى المنع من التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز
عن الإيطاء والكدم والصدم والخبط ممكن لأنه ليس من ضرورات السير فقيدناه
بشرط السلامة عنه ولا يمكنه الاحتراز عن النفحة بالرجل والذنب مع
السير على الدابة فلم نقيده بها وإن أوقفها في الطريق ضمن النفحة أيضا
لأنه يمكنه التحرز عن الإيقاف وإن لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا بالإيقاف
وشغل الطريق به فيضمنه وهو المراد بقوله إلا إذا أوقفها في الطريق أو
يقول إن الطريق يشبه ملكه من حيث إن المرور فيه مباح له ويشبه ملك الغير
من حيث إنه ليس له ملك مطلق التصرف فوفرنا حظ الشبهين فجعلناه كملك
غيره في حق ما يمكن التحرز عنه وكملكه في حق ما لا يمكن كيلا يتعذر عليه الانتفاع

وهذا

وهكذا الحكم في الطريق وفي ملكه لا يضمن شيئا من ذلك إلا الإيطاء وهو راكبها لأن
الإيطاء مباشرة لأنه قتله بثقله حتى يحرم الميراث ويجب عليه الكفارة به وغيره
تسبيب وفيه يشترط التعدي فصار كحفر البئر في ملكه وفي المباشرة لا يشترط
وإن كان في ملك غيره فإن كان بإذن مالكه فهو كما لو كان في ملكه وإن كان
بغير إذنه فإن دخلت بنفسها من غير أن يدخلها هو ولم يكن هو معها لا يضمن شيئا وإن
أدخلها هو ضمن الجميع سواء كان هو معها أو لم يكن لوجود التعدي بالإدخال والملك
المشترك كملك غيره فيما ذكرنا لأن لكل واحد من الشركاء السير والإيقاف فيه وباب
المسجد كالطريق في الإيقاف ولو جعل الإمام موضعا لوقوف الدواب عند باب
المسجد فلا ضمان فيما حدث من الوقوف فيه وكذلك الإيقاف الدابة في سوق
الدواب لأنه مأذون له من جهة السلطان وكذلك الفلاة وطريق مكة إذا
وقف في غير المحجة لأنه لا ضرر للناس فلا يحتاج فيه إلى الإذن أما المحجة
فهي كالطريق قال وإن أصابت بيدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا
أو حجرا صغيرا ففقأت عينا لم يضمن ولو كبيرا ضمن لأن التحرز عن الحجارة الصغار
والغبار متعذر لأن سير الدابة لا يخلو عنه وعن الكبار من الحجارة ممكن وإنما
يكون ذلك عادة من قلة هداية الراكب فيضمن قال فإن راثت أو
بالت في طريق لم يضمن من عطب به وإن أوقفها لذلك وإن أوقفها لغيره
ضمن لأن سير الدابة لا يخلو عن روث وبول فلا يمكنه التحرز عنه فلا يضمن ما تلف
به فيما إذا راثت أو بالت وهي تسير وكذا إذا أوقفها لذلك لأن من الدواب
ما لا يفعل ذلك إلا إذا وقفت وهو المراد بقوله وإن أوقفها لذلك وإن
أوقفها لغيره فبالت أو راثت فعطب به إنسان ضمن لأنه متعد في الإيقاف
إذ ليس هو من ضرورات السير وهو أكثر ضررا أيضا من السير لكونه أدوم
فلا يلحق به وهو المراد بقوله وإن أوقفها لغيره ضمن قال وما ضمنه
الراكب ضمنه السائق والقائد أي كل شيء يضمنه الراكب يضمنانه لأنهما
مسببان كالراكب في غير الإيطاء فيجب فيهما الضمان بالتعدي فيه كالراكب
وقوله وما ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد يطرد وينعكس في الصحيح
وذكر القدوري أن السائق يضمن النفحة بالرجل لأنها بمرأى عينه فيمكنه
الاحتراز عنها مع السير وغائبة عن بصر الراكب والقائد فلا يمكنهما التحرز
عنه وعليه بعض مشايخ العراق وجه الأول وعليه أكثر المشايخ أن السائق
ليس له على رجلها شيء يمنعها به عن النفحة فلا يمكنه التحرز عنها بخلاف
الكدم والصدم وقال الشافعي رضي الله عنه يضمنون كلهم النفحة والحجة
عليه ما ذكرنا وقوله عليه السلام الرجل جبار ومعناه النفحة بالرجل

وعلى الراكب الكفارة لا عليهما اي لا على السايق والقايد والمراد
في الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع
له فان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل
منهما شي بالمحل وكذلك الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لا
حكم التسبيب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية
دون السايق والقايد لانه يختص بالمباشرة ولو كان سايق وراكب قيل
لا يضمن السايق ما اوطئت الدابة لان الراكب مباشر فيه لما ذكرنا والسايق
متسبب والاضافة الى المباشر اولى وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب
الضمان الا ترى ان محمدا رحمه الله ذكر في الاصل ان الراكب اذا امر انسانا
فنخس المأمور الدابة فوطئت انسانا كان الضمان عليهما فاشتركا في الضمان
والناخس سايق والآمر راكب فتبين بهذا انهما يستويان وهو الصحيح لا
لما ذكرنا والجواب عما ذكر في الاصل ان المتسبب انما لا يضمن مع المباشر اذا كان
السبب شيا لا يعمل بانفراده في الاتلاف كما في الحفر مع الالقا فان الحفر لا يعمل
شيا بدون الالقا واما اذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان وهذا
منه فان السوق متلف وان لم يكن على الدابة راكب بخلاف الحفر فانه ليس
بمتلف بلا القا وعند الالقا وجد التلف بهما فاضيف الى آخرهما كمسيلة
القتل اذ كل واحد منهما لا يعمل بانفراده وفيما نحن فيه يعمل فيشتركان قال
ولو اصطدم فارسان او ماشيان فماتا ضمن عاقلة كل دية الآخر وقال زفر
والشافعي رحمهما الله يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر
وروي ذلك عن علي رضي الله عنه لان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه
فيعتبر نصفه ويهدر النصف كما اذا كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد
منهما نفسه وصاحبه او حفرا على قارعة الطريق بيرا فانهدم عليهما او
وقعا فيه يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا ان موت كل واحد
منهما مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق
فلا يعتبر في حق الضمان بالنسبة الى نفسه لانه مباح مطلقا في حق نفسه
ولو اعتبر ذلك لوجب نصف الدية فيما اذا وقع في بير في قارعة الطريق
لانه لولا مشيه وثقله في نفسه لما هوى في البير وفعل صاحبه وان كان
مباحا لكنه مقيد بشرط السلامة في حق غيره فيكون سببا للضمان عند
وجود التلف به وروي عن علي رضي الله عنه انه اوجب كل الدية على عاقلة
كل واحد منهما فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا او يحمل ما روي عنه انه
اوجب النصف على انهما تعمدا ذلك فانه في العمد يجب على عاقلة كل واحد منهما

نصف

نصف الدية على ما نبينه ويحمل ما روي عنه انه اوجب كل الدية على الخطا توفيقا
بينهما وما استشهدا به من الاصطدام عمدا وجرح كل منهما نفسه وصاحبه وحفر
البير في الطريق ففعل كل واحد منهما محظور مطلقا فيعتبر في حق نفسه ايضا
فيكون قاتلا لنفسه وهذا الحكم الذي ذكرناه في العمد والخطا في الحرين ولو
كانا عبدين يهدر الدم فيهما لان الجناية تعلقت برقبته دفعا وفدا وقد فاتت
لا الى خلف من غير فعل يصير المولى به مختارا للفدا ولو كان احدهما حرا والآخر
عبدا يجب على عاقلة الحر قيمة العبد كلها في الخطا ونصف قيمته في العمد ويأخذ
ورثة الحر المقتول ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة او نصفها لان الواجب
كان على رقبة العبد فيبطل بموته الا قدر ما اخلف وهو القيمة او نصفها
فيأخذها ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان قيمة العبد المقتول تجب على العاقلة على
اصلهما لانه ضمان الآدمي واذا تجاذب رجلان حبلا فانقطع الحبل فسقطا
وماتا ينظر فان وقعا على القفا لا تجب لهما دية لان كل واحد منهما مات بقوة
نفسه وان وقعا على الوجه وجب دية كل واحد منهما على عاقلة الآخر على
الوجه فالذي وقع على القفا لا دية له والذي وقع على الوجه فديته على عاقلة
الآخر وان قطع انسان الحبل بينهما فوقع كل واحد منهما على القفا فماتا فديتهما
على عاقلة القاطع قال ولو ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله
ضمن وكذا على هذا سائر ادواته كاللجام ونحوه لانه متعد في هذا التسبيب
لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد او الاحكام فيه فصار كانه القاه
على الطريق بيده بخلاف الردا لانه لا يقصد حفظه عادة فلا يتقيد بشرط
السلامة ولان الثاني تبع للابس وهو لو وقع في الطريق وعثر به انسان
لا يلزمه الضمان فكذا اذا عثر بلباسه قال وان قاد قطارا فوطئ
بعير انسانا ضمن عاقلة القايد الدية لان القايد عليه حفظ القطار
كالسايق وقد امكنه التحرز عنه فصار متعديا بالتقصير فيه والتسبيب
بوصف التعدي سبب للضمان غير ان ضمان النفس على العاقلة وضمان المال
عليه في ماله قال فان كان معه سايق فعليهما اي اذا كان مع القايد
سايق يجب على عاقلتهما الضمان لاستوائهما في التسبيب لان قايد
الواحد قايد للكل وكذا سايقه لاتصال الازمة هذا اذا كان السايق
في جانب من الابل اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد يضمن ما
عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما هو قدامه لان القايد لا يقود
ما خلف السايق لانفصام الزمام والسايق يسوق ما هو قدامه ولو كان

رجل راكبا على بعير وسط القطار لا يسوق منها شيئا لم يضمن ما اصابت
الابل التي بين يديه لانه ليس بسائق لها وكذا ما اصابت الابل التي
خلفه لانه ليس بقائد لها الا اذا كان اخذا بزمام ما خلفه الا البعير
الذي هو راكبه فهو ضامن لما اصاب به فيجب عليه وعلى القائد غير الاصابة
بالايطاء فان ذلك ضمانه على الراكب وحده لانه جعل فيه مباشرا حتى جرى
عليه احكام المباشر على ما بيناه قال وان ربط بعيرا على قطار رجع
عاقلة القائد بدية ما تلف على عاقلة الرابط اي اذا ربط رجل بعيرا
على قطار والقائد لذلك القطار لا يعلم فوطئ البعير المربوط انسانا
فقتله فعلى عاقلة القائد دية لانه يمكنه ان يصون قطاره عن
ربط غيره به فاذا ترك الصيانة صار متعديا بالتقصير وهو تسبيب
وفيه الدية على العاقلة كما في قتل الخطا ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط
لانه هو الذي اوقعهم فيه وانما لا يجب الضمان على القائد والرابط ابتداء
مع ان كل واحد منهما مسبب لان القود بمنزلة المباشرة بالنسبة الى الربط
لاتصال التلف به دون الربط فيجب عليه الضمان وحده ثم يرجع عليه
قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير لان الرابط امر بالقود دلالة واذا لم
يعلم لا يمكنه التحفظ عنه ولكن جهله لا ينفي وجوب الضمان عليه لتحقق
الاتلاف منه وانما ينفي الاثم فيكون قرار الضمان على الرابط واما اذا ربط
والابل واقفة ضمنها عاقلة القائد ولا يرجعون بها على عاقلة الرابط
لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه على احد
غاية الامر انه يقال انه متعد بالربط وبالايقاف على الطريق لكن زال
ذلك بالقود فصار كما لو وضع حجرا وحوله غيره وكذا اذا علم القائد بالربط
لا يرجعون على عاقلة الرابط بما لحقهم من الضمان لان القائد رضي بذلك
والتلف قد اتصل بفعله فلا يرجع به وهو القياس فيما اذا لم يعلم لان
الجهل لا ينافي السبب وما الضمان الا انا استحسنا في الرجوع لما ذكرنا
قال ومن ارسل بهيمة وكان لها سائقا فاصابت في فورها ضمن لانه
الحامل لها فاضيف فعلها اليه كما يضاف فعل المكره الى المكره فيما يصلح
آلة له والمراد بالسوق ان يمشي خلفها معها وان لم يمش خلفها فما دامت
في فورها فهو سائق لها في الحكم فيلحق بالسوق واذا تراخى انقطع السوق
وذكر في النهاية ان المراد بالبهيمة الكلب قال وان ارسل طيرا او
كلبا ولم يك سائقا له او انفلتت دابته فاصابت مالا او ادميا نهارا
او ليلا لا ضمان في هذه الصور كلها اما الطير فلان بدنه لا يحتمل

السوق فصار وجود السوق وعدمه سواء فلا يضمن مطلقا بخلاف البهيمة
فان بدنها يحتمل السوق فيعتبر فيها السوق ومن ثم قالوا لو ارسل بازيا
في الحرم فقتل لا يضمن المرسل واما الكلب فلانه وان كان يحتمل السوق
لكنه لم يوجد منه السوق حقيقة بان يمشي خلفه ولا حكما بان يصيب على فور
الارسال والتعدي يكون بالسوق فلا يضمن وهذا لان الاصل ان الفعل
الاختياري يضاف الى فاعله ولا يجوز اضافته الى غيره الا انا تركنا
ذلك في فعل البهيمة اذا وجد منه السوق فاضفناه اليه استحسانا صيانة
للانفس والاموال واذا لم يوجد منه السوق بقي على الاصل ولا يجوز اضافته
اليه لعدم الفعل منه مباشرة وتسبيبا بخلاف ما اذا ارسل الكلب الى الصيد
حيث يوكل ما اصابه وان لم يكن سائقا له حقيقة ولا حكما لان الحاجة مست
الى الاصطياد به فاضيف الى المرسل ما دام الكلب في تلك الجهة ولم يفتره
عنها اذ لا طريق للاصطياد سواه وهذا لان الاصطياد به مشروع ولو
شرط السوق لانسد بابه وهو مفتوح فاضيف اليه وان غاب عن بصره
ثم الصيد ولا حاجة اليه في حق ضمان العدوان فبقي على الاصل وكان مضافا
الى الكلب لانه مختار في فعله ولا يصلح نائبا عن المرسل فلا يضاف فعله
الى غيره وذكر في المبسوط اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فاصابت في فورها
فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت
يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق اخر سواه وكذا اذا
وقفت ثم سارت لانه ينقطع حكم الارسال بالوقفة ايضا كما ينقطع بالعطفة
بخلاف ما اذا وقف الكلب بعد الارسال في الاصطياد ثم سار فاخذ الصيد
لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه لتمكنه من الصيد وهذه تنافي
مقصود المرسل لان مقصوده السير فينقطع به حكم الارسال وبخلاف ما اذا
ارسله الى صيد فاصاب نفسا او مالا في فوره حيث لا يضمن من ارسله وفي
ارسال البهيمة في الطريق يضمن لان شغل الطريق تعد فيضمن ما تولد منه
واما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب بوصف التعدي كذا ذكر في
الهداية وذكر قاضي خان ان رجلا لو ارسل بهيمة وكان سائقا لها ضمن ما
اصابت في فورها وكذا لو ارسل كلبه وكان سائقا له يضمن ما اتلف
ولو لم يكن سائقا له لا يضمن وكذا لو اشلى كلبه على رجل فعقره او مزق
ثيابه لا يضمن الا ان يسوقه وقيل اذا ارسل كلبه وهو لا يمشي خلفه فعقر
انسانا او اتلف غيره ان لم يكن معلما لا يضمن لان غير المعلم يذهب بطبع
نفسه وان كان معلما ضمن ان مر على الوجه الذي ارسله لانه ذهب بارسال

صاحبه اما اذا اضر بمشيه او بشي فلا يضمن لانه لما مال عن سنن الارسال
انقطع حكم الارسال واكثر المشايخ قالوا هذا في البهيمة واما في الكلب
فلا يضمن وان ذهب على سنن الارسال الا اذا كان خلفه لانه يتمكن من
اثبات اليد عليها دون الكلب عادة ولو كان لرجل كلب عقور كلما مر
مر به فللاهل البلدان يقتلوه واذا تلف يجب على صاحبه الضمان
ان كان تقدم اليه قبل الاتلاف والا فلا شي عليه كالحائط المايل ولو
ان رجلا طرح رجلا قدام سبع فقتله السبع فليس على الطارح شي
الا التعزير والحبس حتى يتوب واما انفلات البهيمة فلقوله عليه السلام
العجماء جبار اي فعل العجماء هدر قال محمد هي المنفلتة وهذا صحيح لان
المركوبة والمسوقة والمقودة في الطريق او في ملك الغير والمرسلة
في الطريق فعلها معتبر على ما بينا ولان الفعل يقتصر عليها عن اضافته
الى صاحبها لعدم ما يوجب النسبة اليه من الركوب واخواته **قال** وفي
فقء عين شاة القصاب نقصانها لان المقصود من الشاة اللحم فلا يعتبر
فيه الا النقصان **قال** وفي عين بدنة الجزار والحمار والفرس ربع القيمة
وقال الشافعي فيه النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روي
انه عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا افتى عمر رضي الله عنه
ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالركوب والزينة والحمل والعمل فمن هذا
الوجه يشبه الادمي وقد تمسك للغير كالاكل ومن هذا الوجه يشبه
المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الادمي في ايجاب الربع وبالشبه الاخر
في نفي النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل بها باربعة اعين عيناها وعينا
المستعمل فصارت كانها ذات اعين اربع فيجب الربع بفوات احدها
وان فقأ عينيها فصاحبها بالخيار ان شا تركها على الفاقي وضمنه
القيمة كاملة وان شا امسكها وضمنه النقصان لان المعمول به النص
ورد في عين واحدة فيقتصر عليه والله اعلم **باب**

جناية المملوك والجناية عليه

اختلفوا في موجب جناية العبد قيل
موجبها الارش لان النصوص مطلقة من غير فصل الا ان للمولى ان يتخلص
بالدفع تخفيفا عليه وقيل الدفع وللمولى ان يتخلص بالفداء ولهذا يبرأ المولى
بهلاكه ولو كان الواجب الاصل غيره لما برئ بهلاكه قبل الاختيار لانه
يفوت به الدفع لا الفداء **قال** جنايات المملوك لا توجب الا دفعا واحدا
لو محلا له والا قيمته واحدة اي جناية العبد لا توجب الا دفع رقبته
اذا كان محلا للدفع بان كان قنا ونحو الذي لم ينعقد له شي من اسباب

الحرية كالتدبير وامومية الولد والكتابة سوا كانت الجناية واحدة او
اكثر لا توجب الا دفع رقبته اذا كانت الجناية في النفس موجبة للمال الا
قيمة واحدة اي وان لم يكن محلا للدفع بان انعقد له شي مما ذكرنا توجب
جنايته قيمة واحدة ولا يزيد عليها وان تكررت الجناية وفي النفس اذا
جنى بعد الفدا مخيرا للمولى في الدفع والفدا كالجناية الاولى وكذا كلما
جنى بعد الفدا يؤمر بالدفع او الفدا بخلاف المدبر واخويه فانه لا يوجب
الا قيمة واحدة على ما نبينه في اثنا المسايل **قال** جنى عبد خطا
دفعه بالجناية فيملكه او فداه بارشها اي اذا جنى العبد خطا مولاه
بالخيار ان شا دفعه الى ولي الجناية فاذا دفعه ملكه ولي الجناية وان
شا فداه بارشها وقوله خطا يحترز به من العمد وهذا التقييد انما يفيد
اذا كانت الجناية على النفس لانها ان كانت عمدا توجب القصاص واما
اذا كانت على الاطراف لا يفيد التقييد به اذ لا يجري القصاص فيها بين
العبيد ولا بين الاحرار والعبيد وقال الشافعي رحمه الله جناية العبد
يتعلق برقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى الارش وثمرة الخلاف
تظهر في اتباع الجاني عنده وعندنا لا يتبع لا في حالة الرق ولا بعد الحرية
والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم فعن ابن عباس مثل مذهبنا
وعن عمر وعلي مثل مذهبه له ان الاصل في موجب الجناية ان يجب على الجاني
لانه المتعدي قال الله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم الا ان
العاقلة يتحمل عنه ولا عاقلة للعبد فيجب في ذمته كما في الذمي
ويتعلق برقبته ويباع فيه كما في الجناية على المال ولنا ان المستحق بالجناية
على النفوس نفس الجاني اذا امكن الا ان استحقاق النفس قد يكون بطريق
الاتلاف عقوبة وقد يكون بطريق التملك جبرا والحر من اهل ان يستحق
نفسه عقوبة لا بطريق التملك والعبد من اهل ان يستحق نفسه بالطريقين
فتصير نفسه مستحقة للمجني عليه صيانة عن الهدر الا ان يختار المولى الفدا
فيكون له ذلك لانه ليس فيه ابطال حق المجني عليه بل مقصود المجني عليه
يحصل بذلك بخلاف اتلاف المال فانه لا يستحق به نفس الجاني ابدا ولان
الاصل في موجب الجناية خطا ان يتباعد عن الجاني لكونه معذورا ولكون
الخطا مرفوعا شرعا ويتعلق باقرب الناس اليه تخفيفا عن الخاطي وتوقيا
عن الاجحاف به الا ان عاقلة العبد مولاه لان العبد يستنصر به وبنا عشاير
النصرة يتحمل العاقلة حتى يجب الدية على اهل الديوان فيجب ضمان
جنايته على المولى بخلاف الذمي لانهم لا يتناصرون فيما بينهم فلا عاقلة



لم يجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لأن العاقلة لا تعقل المال إلا أن المولى يخير بين الدفع والفداء لأنه واحد وفي إثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل فيتخير لأن التخيير مفيد والواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الواجب بموت العبد الجاني قبل الاختيار لفوات محل الواجب وإن كان له حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة عند أبي يوسف ومحمد فإن الواجب جزء من النصاب وله النقل إلى القيمة فكذا هذا بخلاف الجاني الحر حيث لا يبطل الموجب بموته لأنه لا يتعلق به الواجب استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر وإذا اختار الدفع يلزمه حالا لأنه عين فلا يجوز الأجل في الأعيان وكذا إذا اختار الفداء يجب عليه حالا لأنه بدل العين وهو العبد وإن كان مقدرا بغيره وهو المتلف ولهذا سمي فداء وأيهما اختار المولى وفعله فلا شيء لولي الجناية غيره أما الدفع فلأن حقه متعلق به فإذا خلى بينه وبين الرقبة سقط حق المطالبة عنه وأما الفداء فلأنه لا حق له إلا الأرش فإذا أوفاه حقه سلم العبد له وكذا إذا اختار أحدهما وإن لم يفعل أو فعل ولم يخيره فهو لا يسقط حق الأولياء لأن المقصود تعيين المحل حتى يتمكن من الاستيفاء والتعيين يحصل بالقول كما يحصل بالفعل بخلاف كفارة اليمين حيث لا يتعين إلا بالفعل لأن المقصود في حقوق الله الفعل والمحل تابع ضرورة وجوده ولا فرق بين أن يكون المولى قادرا على الأرش أو لم يكن قادرا عند أبي حنيفة لأنه اختار أصل حقهم فبطل حقهم في العبد لأن ولاية التعيين للمولى لا للأولياء وقالا لا يصح اختياره الفداء إذا كان مفلسا إلا برضا الأولياء لأن العبد صار حقا للأولياء حتى يضمنه المولى بالإتلاف فلا يملك إبطال حقهم إلا برضاهم أو بوصول البدل إليهم وهو الدية وإن لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه بخلاف ما إذا مات بعد اختياره الفداء حيث لم يبرأ المولى لتحول الحق من رقبة العبد إلى ذمته ولو فداه المولى ثم عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الأولى لأنه لما طهر عن الجناية الأولى بالفداء جعل كأنه لم يجن من قبل وهذه ابتداء جناية ولو جنى قبل أن يختار في الأولى شيئا أو جنى جنايتين دفعة واحدة أو جنايات قيل لمولاه إما أن تدفعه بالكل أو تفديه بأرش كل واحدة من الجنايات لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ألا ترى أن ملك المولى لا يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه أولى أن لا يمنع

بخلاف

بخلاف الرهن حيث لا يتعلق به حق غيره من الغرماء والفرق أن الرهن إيفاء واستيفاء حكما فصار كالاستيفاء حقيقة وأما الجناية فليس فيها إلا تعلق الحق لولي الأولى وذلك لا يمنع تعلق الآخر به ثم إذا دفعه إليهم اقتسموه على قدر حقوقهم وحق كل واحد منهم أرش جنايته وللمولى أن يفدي من بعضهم ويأخذ حصته من العبد ويدفع الباقي إلى غيره لأن الحقوق صارت مختلفة باختلاف أسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف ما إذا كان المقتول واحدا وله وليان أو أولياء حيث لم يكن له أن يفدي من البعض ويدفع الباقي إلى البعض لأن الحق فيه متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة وكذا المستحق واحد لأن الحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة فلا يملك التفريق في موجبها **قال** وإن أعتقه غير عالم بالجناية ضمن الأقل من قيمته ومن الأرش وإن علم بها لزمه الأرش كبيعه وتعليق عتقه بقتل فلان ورميه وشجه إن فعل ذلك معناه إذا جنى عبد فأعتقه مولاه قبل العلم بالجناية ضمن الأقل من قيمة العبد ومن أرش الجناية والأصل فيه أنه متى أحدث فيه تصرفا يعجزه عن الدفع عالما بالجناية يصير مختارا للفداء وإلا فلا فإذا علم ذلك رجعنا إلى ما ذكر في الكتاب فقوله وإن أعتقه غير عالم بالجناية ضمن إلى آخره وإنما كان كذلك لأنه في الأول فوت حقه في أقلهما فيضمنه ولا يصير مختارا للفداء بهذا العتق لأن الاختيار بدون العلم لا يتحقق وفي الثاني صار مختارا للفداء لأن الإعتاق يمنعه من الدفع فالإقدام عليه اختيار منه للفداء وعلى هذا إذا باعه وهو لا يعلم بالجناية يلزمه الأقل منهما وإن باعه وهو يعلم بالجناية صار مختارا للفداء لما قلنا وهو المراد بقوله كبيعه يعني كما لو باعه عالما بالجناية وعلى هذين الوجهين الهبة والتدبير والاستيلاد لأن كل واحد منها يمنع من الدفع لزوال الملك أو التمليك به بخلاف الإقرار لغيره بالعبد الجاني على رواية الأصل لأنه لا يسقط به حق ولي الجناية فإن المقر له يخاطب بالدفع إليه وليس فيه نقل الملك لأن الإقرار ليس بتمليك من جهة المقر وإنما هو إظهار الحق فيحتمل أن يكون صادقا بذلك فإذا لم يصر مختارا لا يلزمه الفداء وتندفع الخصومة عنه إن أقام بينة أنه للمقر له وإن لم يقم لم يندفع فيقال له إما أن تفديه أو تدفعه فإن فداه صار متطوعا بالفداء حتى لا يرجع به على المقر له إذا حضر وصدقه أنه له وإن دفعه كان المقر له بالخيار إذا حضر إن شاء أجاز دفعه وإن شاء فداه وألحقه الكرخي بالتمليك كالبيع والهبة لأنه ملكه المقر ظاهرا فيستحقه المقر له بالإقرار فأشبه البيع ولا فرق في هذا المعنى

بين ان يكون الجناية في النفس او في الاطراف لان الكل موجب للدفع فلا تختلف
وكذا لا فرق في البيع بين ان يكون باتا وبين ان يكون فيه خيار المشتري
لان الكل يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ثم نقضه او العرض
على البيع لان الملك لم يزل به ولا يقال المشتري بالخيار اذا باع بشرط الخيار
له يصير مختارا للاجازة به فوجب هنا ان يكون مختارا للفداء الا انا نقول
لو لم يكن المشتري مختارا للزم منه بيع ملك غيره وهنا لا يلزم ذلك لانه يلزم في
البيع المزور وهنا لا يلزم ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا للفداء حتى
يسلمه لان الملك لا يزول الا به بخلاف الكتابة الفاسدة حيث يكون مختارا
للفداء بها لان حكم الكتابة تعلق العتق باداء المال وفك الحجر عن العبد في
الحال وهو ثابت بنفس الكتابة ولا كذلك البيع الفاسد لان حكمه وهو الملك
لا يثبت الا بالقبض ولو كانت الكتابة صحيحة ثم عجز كان له ان يدفعه بالجناية
ان كان ذلك قبل ان يقضى عليه بالقيمة وبعدها لا يدفعه لتقرر القيمة
بالقضاء ولو باعه من المجني عليه كان مختارا للفداء بخلاف ما اذا وهبه
منه لان المستحق له اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق
المجني عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه لان فعل المامور
فيه ينتقل الى الامر ولو ضربه فنقصه كان مختارا بعد العلم لانه حبس
جزءا منه اما اذا زال النقصان قبل القضاء بالقيمة فكان له ان يدفعه
بها لزوال المانع من الدفع قبل تقرر القيمة ووطء البكر يكون مختارا
بخلاف وطء الثيب من غير اعلاق والتزويج والاستخدام لان التزويج تعييب
حكمي اذ لا يعجزه عن التسليم اليه وليس فيه امساك شيء والاستخدام لا يختص
بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط وطعن عيسى في التزويج فقال انه
تعييب فوجب ان يكون مختارا به وجوابه ما ذكرنا وفي الوطء خلاف زفر
وهو رواية عن ابي يوسف ووجهه انه دليل الامساك فصار كوطء من له الخيار
قلنا لو لم يكن دليل الامساك في حق من له الخيار لكان واطئا ملك غيره
ولا كذلك في الجناية لان له ان يطاها ثم يدفعها بالجناية اذ لا يتبين
بالدفع ان الوطء وقع في غير ملكه الا ترى انه لا يستحقه بزوائده ومن له الخيار
يستحقه بزوائده ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في رواية كتاب
العتاق لانهما لا يزيلان فيكون محدثا فيه ما يعجزه عن الدفع والاظهر انه لا
يصير مختارا بهما للفداء لانه لم يعجزه عن الدفع لان له ان يفسخ الاجارة
والرهن لحق المجني عليه لتعلق حقه بعين العبد سابقا على حقهما فينفسخان
صونا لحقه عن البطلان بخلاف البيع لان حق المجني عليه لا يمنع تصرف المولى

بجهة

بجهة الملك فيثبت للمشتري ملك صحيح والملك اقوى من الحق فلا يجوز ابطاله
به بخلاف الاجارة والرهن لانهما حقان تعلقا بالعين فيترجح حق المجني عليه
بالسبق وكذا لا يصير مختارا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن
لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان
الدين لحقه من جهة المولى بعد ما تعلق به حقه فيلزم المولى قيمته ولو جنى
جنايتين فعلم احداهما دون الاخرى وتصرف فيه تصرفا يصير به مختارا
للفداء صار مختارا فيما علم وفيما لم يعلم يلزمه حصته من قيمة العبد
ولو قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر كان مختارا
للفداء ان فعل العبد ذلك وهو المراد بقوله كبيعه وتعليق عتقه بقتل
فلان ورميه وشجه ان فعل ذلك اي لا يصير مختارا ببيعه بعد العلم
بها وبتعليق عتقه بما ذكر من القتل والرمي والشج يصير مختارا للاعتاق
بعد العلم بها وانما يصير مختارا بالتعليق عند علمائنا الثلاثة وقال
زفر رحمه الله لا يصير مختارا بتعليق العتق بما ذكرنا لان اوان تكلمه به لا
جناية من العبد ولا علم للمولى بما سيوجد بعد وبعد الجناية لم يوجد منه
فعل يصير به مختارا الا ترى انه لو علق الطلاق او العتاق بالشرط
ثم حلف ان لا يطلق او لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق
لا يحنث بذلك في يمينه تلك فكذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية
والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز عنده فصار كما اذا اعتقه
بعد الجناية الا ترى انه من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا اقربك
يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت
فانت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك يصير فارا لانه يصير
مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اورده لان غرضه طلاق او عتاق
يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع
عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعي الى القتل
والظاهر انه يفعله وهذا دلالة الاختيار وهذا اذا علقه بجناية
توجب المال كالخطا وشبه العمد وان علقه بجناية توجب القصاص بان
قال له ان ضربته بالسيف فانت حر فلا يجب على المولى شيء بالاتفاق لانه
لا فرق بين العبد والحر في القصاص فلم يكن المولى مفوتا حق ولي الجناية
بالعتق **قال** رحمه الله عبد قطع يد حر عمدا ودفع اليه فحرره فمات
من اليد فالعبد صلح بالجناية فان لم يحرره رد على سيده ويقاد لانه اذا
لم يعتقه وسرى ظهر ان الصلح كان باطلا لان الصلح وقع على المال

وهو العبد عن دية اليد اذ القصاص لا يجري بين الحر والعبد في الاطراف وبالسراية
ظهر ان دية اليد غير واجبة وان الواجب هو القود فصار الصلح باطلا لان
الصلح لا بد له من مصالح عنه والمصالح عنه المال ولم يوجد فبطل الصلح
والباطل لا يورث شبهة كما لو وطئ مطلقته ثلاثا في عدتها مع العلم بحرمتها
عليه فانه لا يصير شبهة في درء الحد فكذا هذا فوجب القصاص واما اذا
اعتقه فقد قصد صحة الاعتاق ضرورة لان العاقل يقصد تصحيح تصرفه
ولا صحة له الا بالصلح عن الجناية وما يحدث منها ابتداء ولهذا لو نص عليه
ورضي به جاز فكان مصالحا عن الجناية وما يحدث منها ابتداء على العبد على
مقتضى الاقدام على الاعتاق والمولى ايضا مصالح معه على هذا الوجه وراض
به لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل كان ارضى بكونه عوضا عن
الكثير فاذا اعتقه صح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتقه لم يوجد
الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء
بالخيار ان شاؤوا عفوا عنه وان شاؤوا قتلوه وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير
رجل قطع رجل عمدا فصالح المقطوع يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه
المقطوع يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد على
مولاه وقيل للاولياء اما ان تقتلوه او تعفوا عنه والوجه ما بيناه فاتحد
الحكم والعلة واختلفا صورة ثم هذه المسئلة وهي مسئلة الصلح ترد
اشكالا على قول ابي حنيفة فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ومات
حيث يبطل العفو ولا يجب القصاص هنالك وفي هذه المسئلة قال
يبطل الصلح ويجب القصاص فيما اذا لم يعتق العبد وان اعتقه فالصلح
باق على حاله فالجواب اما اذا لم يعتقه فقد قيل ما ذكر في مسئلة الصلح
جواب القياس وما ذكر في مسئلة العفو جواب الاستحسان فيكونان على
القياس والاستحسان وقيل بالفرق بينهما ووجهه ان الصلح عن الجناية
على مال لتقرر الجناية ولا يبطلها لان الصلح عن الجناية استيفا للجناية معنى
لا استيفا بدلها واذا بقيت الجناية يتوفر عليه عقوبتها وهو القصاص واما
العفو فهو معدم للجناية والعفو عن القطع وان بطل بالسراية الى النفس لكن
بقيت شبهة لوجود صورة العفو وهي كافية لدرء الحد واما اذا اعتقه
فجوابه هو الفرق الذي ذكرناه ان العتق يجعل صلحا ابتداء بخلاف العفو وعلى
قولهما الصلح يرد في الصورتين لانهما كانا يجعلان العفو عن القطع عفوا عما
يحدث منه وفي الصلح لم يجعلا كذلك بل اوجبا القصاص عليه اذا لم يعتقه
وجعلاه صلحا مبتدأ اذا اعتقه قال وان جنى مأذون له مديون خطأ فحرره

سيده

سيده بلا علم عليه قيمة لرب الدين وقيمة لولي الجناية لانه اتلف حقين كل واحد
منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع على الاولياء والبيع على الغرماء
فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع
الى ولي الجناية اولا ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالتفويت بخلاف ما اذا اتلفه
اجنبي والمسئلة بحالها حيث يجب عليه قيمة واحدة للمولى بحكم الملك في رقبته
فلا يظهر حق الغريمين بالنسبة الى ملك المالك لانه دون الملك فصار كان
ليس فيه حق ثم الغرماء احق بتلك القيمة لانها مالية العبد والغريم
مقدم في المالية على ولي الجناية لان الواجب ان يدفع اليه ثم يباع للغريم فكان
مقدما معنى والقيمة هي المعنى فيسلم اليه وفي الفصل الاول كان الاتلاف من
بين الحقين وهما مستويان فيظهران فيضمنهما والاصل ان العبد اذا جنى
وعليه دين خير المولى بين الدفع الى ولي الجناية والفدا فان اختار الدفع
الى ولي الجناية ثم بيع في الدين فان فضل شيء فهو لولي الجناية لانه بدل
ملكه والا فلا شيء له وانما بدئ بالدفع جمعا بين الحقين لانه امكن بيعه
بعد الدفع ولو بدئ ببيعه في الدين لا يمكن دفعه بالجناية لانه لم يوجد في
يد المشتري جناية ولا يقال لا فائدة في الدفع اذا كان يباع عليه لانا
نقول فائدته ثبوت استخلاص العبد لان ولي الجناية يثبت له حق الاستخلاص
وللانسان اغراض في العين فاذا كان الواجب هو الدفع فلو ان المولى دفعه
الى ولي الجناية بغير قضاء لا يضمن استحسانا لانه فعل عين ما يفعله القاضي
وفي القياس يضمن قيمته لوجود التمليك كما لو باعه او وهبه ولو دفعه
الى اصحاب الديون صار مختارا للفدا كما لو باعه لانه ليس بواجب عليه
بل الواجب عليه الدفع بالجناية اولا ولو ان القاضي باعه في الدين ببينة
قامت عليه بحضرة ولي الجناية ولم يفضل من الثمن شيء سقط حقه لان
القاضي لا يلزمه العهدة فيما فعل ولو فسخ البيع ودفع الى ولي الجناية
لاحتيج الى بيعه ثانيا لما ذكرنا فلا فائدة في الفسخ قال ومأذونة مديونة
ولدت بيعت مع ولدها للدين وان جنت فولدت لم يدفع الولد له والفرق
ان الدين متعلق برقبتها لان الدين عليها وهو وصف لها حكمي فيسري الى
الولد لان الصفات الشرعية الثابتة في الاصل تسري الى الفرع كالملك
والرق والحرية واما الدفع بالجناية فواجب في ذمة المولى لا في ذمتها
وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع فقبل الدفع كانت رقبتها خالية
عن حق ولي الجناية فلذلك لا يجري القصاص على الاولاد ولا الحد لانهما
فعلان محسوسان كالدفع ولا تتعينه فيه فان قيل اذا كان الدين عليها

فلما ذا يضمن المولى اذا اعتقها والانسان اذا اتلف المديون لا يضمن شيئا
قلنا وجوب الضمان باعتبار تفويت ما تعلق به حقهم استيفاء لا باعتبار وجوب
الدين على المولى الا ترى انه يضمن القيمة لا غير ولو كان باعتبار الوجوب عليه
لضمن كل الدين كالعبد الجاني اذا اعتقه المولى بعد العلم بالجناية ولهذا
يتبع الغرماء بالفاضل العبد المديون بعد العتق ولو كان على المولى لما اتبع
كالعبد الجاني ولا يرد علينا وجوب دفع الارش معها اذا جني عليها قبل الدفع
واخذ المولى الارش لان الارش بدل جزئها وحق ولي الجناية يتعلق بجميع اجزائها
فاذا فات جزء منها واخلف بدلا تعلق به حقه كما اذا قتلت واخلفت بدلا
اعتبارا للجزء بالكل بخلاف الولد وقوله ماذونة مديونة ولدت شرط
للسراية الى الولد ان تكون الولادة بعد لحوق الدين لانها اذا ولدت ثم
لحقها الدين لا يتعلق حق الغرماء بالولد بخلاف الاكساب حيث يتعلق حق الغرماء
بما كسبت قبل الدين وبعده لان لها يدا معتبرة في الكسب حتى لو نازعها فيه
احد كانت هي الخصم فيه فباعتبار الخصم كانت هي احق به من سيدها لقضاء دينها
بخلاف الولد فانه انما استحق بالسراية وذلك قبل الانفصال لا بعده كولد
المكاتبة وام الولد والمدبر وكولد الاضحية لانها حقوق مستقرة في الرقبة
حتى صار وصفا حكميا ممنوعا عن التصرف قال عبد زعم رجل ان سيده حرره
فقتل وليه خطأ لا شيء له عليه معناه اذا كان العبد لرجل فزعم رجل ان
مولاه اعتقه فقتل العبد خطأ ولي ذلك الرجل الذي زعم ان مولاه اعتقه
فلا شيء له لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد اقر انه لا يستحق على المولى دفع
العبد ولا الفداء بالارش وانما يستحق الدية عليهما وعلى العاقلة لانه حر
فيصدق في حق نفسه فيسقط الدفع والفداء عن المولى ولا يصدق في دعواه
الدية عليهم الا بحجة وقال في النهاية وضع المسئلة فيما اذا جنى العبد جناية
ثم اقر المجني عليه انه حر قبل الدفع اليه وجعل في الكتاب الاقرار بالحرية
قبل الجناية ومثلهما لا يتفاوتان واما اذا اقر المجني عليه بعد الدفع اليه
فهو حر لانه ملكه بالدفع وقد اقر بحريته فيعتق عليه باقراره وصار
نظير من اشترى عبدا ثم اقر بتحرير مولاه قبل البيع قال رحمه الله قال
المعتق لرجل قتلت اخاك خطأ وانا عبد وقال بعد العتق فالقول
للعبد معناه اذا اعتق العبد ثم قال لرجل بعد العتق لرجل بعد
العتق قتلت اخاك خطأ وانا عبد وقال الرجل بل قتلته وانت حر
فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما انه اسنده الى حالة معهودة منافية
للضمان اذ الكلام فيما اذا كان رقه معروفا والوجوب في جناية العبد على

المولى

المولى دفعا او فداء فصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وانا
صبي او بعت داري وانا صبي او قال طلقت امرأتي وانا مجنون وقد كان
جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا قال وان قال لها قطعت يدك
وانت امتي وقالت بعد العتق فالقول لها وكذلك كل ما اخذ منها الا الجماع
والغلة معناه اذا اعتق رجل جاريته ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي
فقالت بل قطعتها وانا حرة فالقول قولها وكذا القول قولها في كل ما
اخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عندهما وقال محمد لا يضمن الا شيئا
قائما بعينه يؤمر برده عليها لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة
معهودة منافية له كما في المسئلة الاولى وكما في الوطء والغلة وفي القائم اقر
بيدها حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي تنكر والقول
قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبريه
فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره اذهبت ضوء عينك اليمنى وعيني اليمنى
صحيحة ثم فقئت فقال المقر له لا بل اذهبتها وعينك اليمنى مفقوءة فان القول
قول المقر له وهذا لانه لم يسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها
اذا قطعها وهي مديونة بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى امته المديونة
لا يوجب العقر وكذا اخذه من غلتها وان كانت مديونة لا يوجب الضمان
عليه فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان في حقهما وعلى هذا
الخلاف لو قال رجل لرجل حربي اسلم اخذت مالك وانت حربي فقال بل
اخذته بعدما اسلمت قال عبد محجور امر صبيا حرا بقتل رجل فقتله
فديته على عاقلة الصبي لان الصبي هو المباشر للقتل وعمده وخطاؤه سواء
فيجب على عاقلته ولا شيء على العبد الآمر وكذا الحكم اذا كان الآمر للصبي
صبيا لانهما لا يؤاخذان باقوالهما لان المؤاخذة فيها باعتبار الشرع
ولم يعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر ابدا ويرجعون
على العبد الآمر بعد العتق لان عدم الاعتبار كان لحق المولى لنقصان اهلية
العبد وقد زال حق المولى بالاعتاق بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية وفي
شرح الزيادات للعتابي لا ترجع العاقلة على العبد ايضا بل ابدا لان
هذا ضمان جناية وهو على المولى لا على العبد وقد تعذر ايجابه على المولى
لمكان الحجر وهذا اوفق للقواعد الا ترى ان العبد اذا اقر بعد العتق بالقتل
قبله لا يجب عليه شيء لكونه اسنده الى حالة منافية للضمان على ما بينا قبيل
هذا ولهذا لو حفر العبد بئرا فاعتقه مولاه ثم وقع فيها انسان فهلك لا يجب
على العبد شيء وانما يجب على المولى قيمته لان جناية العبد لا يوجب عليه

شيئا وانما يوجب على المولى فيجب عليه قيمة واحدة ولو كان فيها الف نفس
فيقتسمونها بالحصص قال وكذا ان امر عبد امعناه ان يكون الامر عبدا
والمأمور ايضا عبدا محجورا عليهما فيخاطب مولى القاتل بالدفع او الفداء ولا
رجوع له على الامر في الحال ويرجع بعد العتق باقل من الفداء او قيمة العبد
لانه غير مضطر في دفع الزيادة وعلى قياس ما ذكره العتابي لا يجب عليه شيء لما
بينا وهذا اذا كان القتل خطأ وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل
صغيرا لان عمده خطأ على ما بينا واما اذا كان كبيرا يجب القصاص لانه من اهل
العقوبة ولو امر رجل حر صبيا حرا فالدية على عاقلة الصبي لانه المباشر
ثم ترجع العاقلة على عاقلة الرجل لانه المسبب اذ لولا امره لما قتل لضعف
فيه ولا يقال كيف تعقل عاقلة الرجل ما لزم بسبب القول فينبغي ان يكون
كالاقرار لانا نقول هذا قول لا يحتمل الكذب وهو تسبيب فيعقله بخلاف
الاقرار بالقتل لانه يحتمل الكذب فلا تعقله العاقلة ولو كان المأمور عبدا
محجورا عليه كبيرا او صغيرا يخير المولى بين الدفع والفداء وايهما اختار يرجع
بالاقل على الامر في ماله لا على العاقلة بخلاف الاول لان ذلك ضمان جناية
لكون المأمور حرا لا يتصور فيه الغصب فيكون على العاقلة وان كان المأمور
حرا بالغا عاقلا فعلى عاقلته الدية ولا ترجع العاقلة على الامر بحال
لان امره لم يصح ولا يأثم هو ايضا بامر مثله لا سيما في الدم وان كان الامر عبدا
مأذونا له في التجارة كبيرا كان او صغيرا والمأمور عبدا محجورا عليه
او مأذونا له يخير مولى المأمور بين الدفع والفداء وايهما فعل رجع على العبد
المأذون له لان هذا ضمان غصب وانه من جنس ضمان التجارة لانه يؤدي
الى تملك المضمون باداء الضمان والمأذون له يؤاخذ بضمان التجارة بخلاف
ما اذا كان المأمور حرا حيث لا يرجع عاقلة المأمور على الامر في الحال ولا بعد
الحرية لعدم تحقق الغصب في الحر ولو كان الامر صبيا حرا مأذونا له في التجارة
فحكمه حكم العبد المأذون له حتى يرجع عليه فيما اذا كان المأمور عبدا لتحقق
الغصب فيكون ذلك في ماله دون العاقلة لانه ليس بضمان جناية وانما
هو ضمان تجارة ولا يرجع عليه اذا كان المأمور حرا لعدم تصور الغصب فيه
فصار الصبي الامر في حقه كالصبي المحجور عليه ولو كان الامر مكاتبا صغيرا
كان او كبيرا والمأمور صبي حر تجب الدية على عاقلة الصبي وترجع العاقلة
على المكاتب بالاقل من قيمته ومن الدية لان هذا حكم جناية المكاتب بخلاف
المعتق فان حكم جنايته على المولى فيجب عليه للمولى ان امكن والا سقط
على ما بينا قال وان عجز المكاتب بعد ما قضى القاضي عليه بالقيمة

تباع

تباع ذمته الا ان يفدي المولى بدينه وهو القيمة والقياس ان يبطل حكم
جنايته وهو قول ابي حنيفة لانه بالعجز صار قنا وامره لا يصح ولكنهما يقولان
لما قضي عليه بالقيمة صار دينا عليه وتقرر فلا يسقط حتى لو عجز قبل القضاء
عليه بالقيمة تبطل حكم جنايته لان حكم جنايته انما يصير دينا عليه بالقضاء
ولم يوجد وان عجز بعد ما ادى كل القيمة لا تبطل بالاجماع حتى لا يسترد المولى
القيمة ولو ادى البعض ثم عجز يسلم ما اداه لهم وتبطل الباقي عنده وعندهما
لا تبطل وان كان المأمور عبدا يخير مولاه بين الدفع والفداء ثم يرجع على
المكاتب بقيمة المأمور الا اذا كانت قيمته اكثر من الدية فينقص عشرة دراهم
بقي اشكال وهو ان يقال ان هذا ضمان الغصب وفيه تضمن قيمته بالغة
ما بلغت فكيف ينقص عشرة دراهم كضمان الجناية فجوابه هذا ضمان الغصب
لكن حصل بسبب الجناية فباعتبار الغصب وجب قيمة المأمور وباعتبار السبب
اوجبنا التقدير لوجوبه بسبب الجناية فاعتبرناه في حق التقدير وان عجز المكاتب
فولي المأمور يطالب مولى المكاتب ببيعه لان ضمان الغصب لا يسقط بعجز
المكاتب فكذلك وان اعتق المولى المكاتب فولي المأمور بالخيار ان شاء رجع بجميع
قيمة المأمور على المعتق لانه ضمان غصب فلا يبطل بالاعتاق وان شاء رجع
على المولى بقدر قيمة المعتق وبالفضل على المعتق الى تمام قيمة المأمور وان
كان المأمور مكاتبا يجب على المأمور ضمان قيمة نفسه ولا يرجع به على الامر
لانه تعذر هذا ان يجعل ضمان غصب لان المكاتب حر من وجه فلا يكون محلا
للغصب صغيرا كان او كبيرا كالحر وتعذر الرجوع بحكم الجناية ايضا لانه لا جناية
من الامر لكون المأمور كبيرا وهكذا لو كان صغيرا او كبيرا لان المكاتب الصغير
ملحق بالكبير فصار كالحر البالغ العاقل اذا كان مأمورا قال عبد
قتل رجلين عمدا ولكل وليان فعفا احد وليي كل منهما دفع سيده نصفه الى
الاخرين او فداه بالدية اي مولى الخيار ان شاء دفع نصف العبد الى اللذين
لم يعفوا من وليي القتيلين وان شاء فداه بدية كاملة لانه لما عفا احد وليي
كل واحد منهما سقط القصاص في الكل وانقلب نصيب الساكتين مالا
وهو دية كاملة لان كل واحد من القتيلين يجب له قصاص كامل على حدة فاذا
سقط القصاصان وجب ان ينقلب كله مالا وذلك ديتان فيجب على المولى
عشرون الفا او دفع العبد غير ان نصيب العافيين سقط مجانا فانقلب
نصيب الساكتين مالا وذلك دية واحدة لكل واحد منهما نصف الدية
او دفع نصف العبد لهما فيخير المولى بينهما قال فان قتل احدهما عمدا
والاخر خطأ فعفا احد وليي العمد فدى بالدية لوليي الخطأ ونصفها لاحد وليي

العمد أو دفعه إليهم أثلاثا لأن وليي الخطأ حقهما في الدية عشرة آلاف درهم
وحق وليي العمد في القصاص فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر مالا
وهو نصف الدية خمسة آلاف فإذا فداه فداه بخمسة عشر ألف درهم عشرة
آلاف لوليي الخطأ وخمسة آلاف لغير العافي من وليي العمد وإن دفعه دفعه
إليهم أثلاثا ثلثيه لوليي الخطأ وثلثه للساكت من وليي العمد بطريق العول
لأن حقهم في الدية كذلك فيضرب وليا الخطأ بعشرة آلاف ويضرب غير العافي
من وليي العمد بخمسة آلاف وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما
الله يدفعه أرباعا بطريق المنازعة ثلاثة أرباعه لوليي الخطأ وربعه لغير العافي
من وليي العمد لأن نصفه سلم لوليي الخطأ بلا منازعة واستوت منازعتهم في
النصف الآخر فيتنصف فإن قيل ينبغي أن يسلم للمولى ربع العبد في هذه المسألة
وهو نصيب العافي من وليي العمد ويدفع ثلاثة أرباعه إليهم يقسم بينهم على قدر
حقوقهم كما سلم له النصف في المسألة الأولى وهو نصيب العافيين قلنا لا يمكن
ذلك هنا لأن وليي الخطأ استحقاه كله ولم يسقط من حقهما شيء وهذا لأن حق
كل واحد من الفريقين تعلق بكل الرقبة في المسألتين غير أنه لما عفا أحد وليي
كل قتيل سقط حق العافيين عن الرقبة في المسألة الأولى وخلا نصيبهما منه
عن حقهما وصار ذلك للمولى وهو النصف بخلاف ما نحن فيه فإن حق وليي الخطأ
ثابت في الكل على حاله فكانت الرقبة كلها مستحقة لهما والنصف لغير العافي
من وليي العمد فلهذا افترقا فيقتسمونه كله على قدر حقوقهم بطريق العول أو
المنازعة ولهذه المسألة نظائر وأضداد ذكرناها في كتاب الدعوى من هذا
الكتاب بأصولها التي نشأ منها الخلاف بتوفيق الله تعالى فلا نعيد **قال**
عبد ما قتل قريبهما فعفا أحدهما بطل الكل معناه إذا كان عبد بين رجلين
فقتل قريبا لهما كأبيهما أو أخيهما فعفا أحدهما بطل الجميع ولا يستحق غير العافي
منهما شيئا من العبد غير نصيبه الذي كان له من قبل وكذا إذا كان العبد لقريب
لهما أو لمعتقهما فقتل مولاه فورثاه بطل الكل وهذا عند أبي حنيفة رحمه
الله وقال أبو يوسف رحمه الله يدفع الذي عفا نصف نصيبه ونصفه في نصيب
صاحبه فما أصاب نصيبه سقط لأن المولى لا يستوجب على عبده مالا وما أصاب
نصيب صاحبه ثبت وهو نصف النصف وهو الربع فيدفع نصف نصيبه أو يفديه
بربع الدية ولأبي حنيفة رحمه الله أن ما يجب من المال يكون حق المولى لأنه
بدل دمه ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه
عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده مالا فلا تخلفه الورثة فيه
ولأن القصاص لما صار مالا صار بمعنى الخطأ وفيه لا يجب شيء فكذا ما هو في معناه

فصل قال قتل عبد خطأ تجب قيمته ونقص عشرة لو كانت
عشرة آلاف أو أكثر وفي الأمة عشرة من خمسة آلاف وفي الغصب تجب قيمته ما
بلغت وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف والشافعي
رحمهما الله تجب قيمته بالغة ما بلغت وفي الغصب تجب قيمته بالغة ما بلغت
بالإجماع لما روي عن عمر وعلي وابن عمر رضي الله عنهم أنهم أوجبوا في قتل العبد
قيمته بالغة ما بلغت ولأن الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا
يملك إلا من حيث المالية ولو كان بدل الدم لكان للعبد إذ هو في حق الدم
مبقى على أصل الحرية فعلم أنه بدل المالية ولهذا لو قتل العبد المبيع قبل
القبض يبقى عقد البيع وبقاؤه ببقاء المالية أصلا أو بدلا إذ في حال قيامه أو
هلاكه فصار كسائر الأموال وكقليل القيمة والغصب ولأن ضمان المال بالمال
أصل وضمان ما ليس بمال بالمال خلاف الأصل ومهما أمكن إيجاب الضمان على
موافقة القياس لا يصار إلى إيجابه بخلاف الأصل ولأبي حنيفة ومحمد قوله
تعالى ودية مسلمة أوجبها مطلقا من غير فصل بين أن يكون حرا أو عبدا والدية
اسم للواجب بمقابلة الآدمية وهو آدمي فيدخل تحت النص وهذا لأن المذكور
في الآية شيئان الدية والكفارة والعبد داخل فيها في حق الكفارة بالإجماع
لكونه آدميا فكذا في حق الدية لأنه آدمي ولهذا يجب القصاص بقتله بالإجماع
ويكون مكلفا ولولا أنه آدمي لما وجب القصاص ولما كلف كسائر الأموال غاية
الأمر أن يقال فيه معنى المالية وذلك لا يمنع اعتبار الآدمية بدليل ما ذكرنا
من الأحكام ولأنه لما كان فيه معنى المالية والآدمية وجب اعتبار أعلاهما وهي
الآدمية عند تعذر الجمع بينهما بإهدار الأدنى وهي المالية ولأن الآدمية أسبق
والرق عارض بواسطة الاستنكاف فكان اعتبار ما هو الأصل أولى ألا ترى
أن القصاص يجب بقتله عمدا بهذا الاعتبار والمتلف في حالة العمد والخطأ
واحد فإذا اعتبر في إحدى حالتي القتل آدميا وجب أن يعتبر في الحالة الأخرى
كذلك إذ الشيء الواحد لا يتبدل جنسه باختلاف حالة إتلافه وهذا أولى
من العكس لأن في العكس إهدار الآدمية وإلحاقه بالبهائم والجماد وما رويناه
من الأثر معارض بأثر ابن مسعود أو هو محمول على الغصب وضمان الغصب بمقابلة
المالية لأنه لا معارض لها إذ الغصب لا يرد إلا على المال وبقاء العقد لا لعين
المالية وإنما يعتمد الفائدة ألا ترى أنه يبقى بعد قتله عمدا أيضا وإن لم يكن
القصاص مالا ولا بدلا عن المالية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية
إلا أنه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة لأن فيه قول ابن
مسعود لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم والأثر في المقدرات

لا يجز اذ لا يعرف الاشباه لان ادميته انقص فيكون بدلها اقل كالمراة
والجنين الا ترى انه لما كان انقص تنصفت النعم والعقوبات في حقه اظهارا
لانحطاط رتبته فكذا في هذا وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجب في الامة
خمسة الاف درهم الا خمسة لان دية الانثى نصف دية الذكر فيكون النقص
عن دية الانثى نصفا لما نقص عن دية الذكر كما في الاطراف والاول اظهر لان
اقل مال له خطر في الشرع عشرة كنصاب السرقة والمهر وما دونه لا يعتبر بخلاف
الاطراف لانه يقصد الدية فينقص من كل جزء بحسابه ولو نقص من كل جزء عشرة
لا وجب اصلا **قال** وما قدر من دية الحر فهو من قيمته ففي يده نصف قيمته
لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما بيناه فيكون في يده
نصف قيمته لا يزاد على خمسة الاف الا خمسة لان اليد من الادمي نصفه فيعتبر
بكله وينتقص هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته وقيل تعتبر في الاطراف
بحسابه بالغة ما بلغت ولا ينتقص منه شي لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال
وهذا يؤدي الى امر شنيع وهو ان ما يجب في الاطراف اكثر مما يجب في النفوس
بان كانت قيمته مثلا مائة الف فانه بقطع يده يجب خمسون الفا وبقتله عشرة
الاف الا عشرة وفي لحيته روايتان في رواية الاصل يجب حكومة عدل وهو
الصحيح لان المقصود من العبد الخدمة لا الجمال وروى الحسن عن ابي حنيفة
انه يجب كمال القيمة لان الجمال في حقه مقصود ايضا **قال** قطع يد عبده
فحرره ثم سرى فمات منه وله ورثة غيره لا يقتص وان لم يكن اقتص منه وانما لا يقتص
في الاول للاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت
الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية
يكون للورثة فيتحقق الاشتباه فيتعذر فلا يجب على وجه يستوفى فاذ
الكلام فيما اذا كان للعبد ورثة سوى المولى واجتماعهما لا يزيل الاشتباه
لان الملك يثبت لكل واحد منهما في احدى الحالتين ولا يثبت على الدوام
فيهما فلا يكون الاجتماع مفيدا ولا يقال باذن كل واحد منهما لصاحبه
لان الاذن انما يصح اذا كان الاذن يملكه ذلك بخلاف العبد الموصى برقبته
لرجل وبخدمته لاخر لان ملك كل واحد منهما دائم فصار بمنزلة الشريكين
فيه فلا ينفرد احدهما دون الاخر لما فيه من ابطال حق الاخر فيقتل باجتماعهما
للرضا بابطال حقه واما في الثاني وهو ما اذا كان وارثه غير المولى فالمذكور
قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله لا يجب القصاص فيه ايضا
لان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار حالة الجرح والوراثة
بالولاء على اعتبار حالة الموت فنزل اختلاف السبب منزلة اختلاف المستحق

فيما

فيما لا يثبت مع الشبهة او فيما يحتاط فيه فصار كما اذا قال لاخر بعتني هذه
الجارية وقال لا بل زوجتها منك لا يحل له وطيها لما قلنا بخلاف ما اذا اقر
لرجل بالف درهم من القرض وقال المقر له من ثمن مبيع فانه يقضى له عليه بالالف
وان اختلف السبب لان الاموال تثبت بالشبهة فلا يبالي باختلاف السبب عند
اتحاد الحكم ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية
بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا
لان المقضي له معلوم والحكم متحد فامكن الايجاب والاستيفاء لاتحاد المستوفي
والمستوفى ولا معتبر باختلاف السبب بعد ذلك كمسئلة الاقرار بخلاف الفصل
الاول لان المقضي له مجهول وبخلاف مسئلة الجارية لان الحكم مختلف اذ ملك اليمين
يغاير ملك النكاح في الحكم لان النكاح يثبت الحل مقصودا وملك اليمين لا يثبته
مقصودا وقد لا يثبت الحل اصلا ولان ما ادعى كل واحد منهما من السبب للحل
انتفى بانكار الاخر فبقي بلا سبب فلا يثبت الحل بدونه اذ لا يجري فيه البذل بخلاف
ما نحن فيه لان السبب موجود بيقين ولا منكر له فلم يوجد ما يبطله ولا ما يحتمل
الابطال فامكن استيفاؤه والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه
من له الحق وذلك اذا كان له وارث اخر غير المولى على ما بينا او في الطرف او في
القتل خطا لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون
الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت او زيادة الجرح في الحالة الثانية
يكون للعبد لحريته حتى يقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه فيحصل الاشتباه فيمن
له الحق فيسقط ما حدث بعد الحرية من ذلك الجرح واما القتل عمدا فموجبه
القصاص فلا اشتباه فيه اذا لم يكن له وارث سوى المولى لانه على اعتبار ان يكون
الحق للعبد فالمولى هو الذي يستوفيه فلا اشتباه فيمن له الحق فحاصله
انهم اجمعوا في الخطا وفي العمد فيما اذا كان له وارث اخر ان الاعتاق يقطع
السراية فلا يجب الا ارش القطع وما ينتقص به للحال الى الاعتاق ويسقط
الدية والقصاص وكذا في القطع اذا لم يمت فيه لا يجب عليه سوى ارش القطع
وما نقصه الى الاعتاق ولا يجب عليه ما حدث من النقصان بعد الاعتاق
بالاجماع فعلم بذلك ان كل موضع لا يجب فيه القصاص يجب فيه ارش القطع
وما نقصه الى الاعتاق ولا يجب عليه الدية ولا ما نقص منه بعد الاعتاق
قال رحمه الله قال احدكما حر فشجا فبين في احدهما فارشها للسيد يعني
اذا قال لعبديه احدكما حر فشجا فبين العتق في احدهما بعد الشج فارشهما
للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين
في حق الشجة ولو قتلهما رجل واحد بعد واحد يجب دية حر وقيمة

عنده والنزاع ان البيان انشاء من وجه واظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة
بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حق المحل وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبر
اظهارا محضا فاذا قتلهما رجل واحد معا فاحدهما حر تجب عليه دية حر وقيمة
عبد فيكون الكل نصفين بين المولى والورثة لعدم الاولوية وان اختلفت
قيمتهما تجب نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر تنقسم مثل الاول بخلاف ما اذا
قتلهما على التعاقب حيث تجب عليه القيمة للاول لمولاه والدية للثاني
لورثته لتعينه للعتق بعد موت الاول وبخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما
رجل معا حيث تجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل
منهما ينكر ذلك ولان القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد
فائدته وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واثبتنا له ولاية النقل من
المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي التصرف دون الاطراف والدية
فبقي المجهول مملوكا في حقهما فتجب القيمة فيهما فيكون نصفين بين المولى والورثة
فيأخذ هو نصف قيمة كل واحد منهما ويترك النصف لورثته لان موجب العتق
ثابت في احدهما في حق المولى فلا يستحق بدله فيوزع ذلك عليهما نصفين
وان قتلاهما على التعاقب فعلى القاتل الاول قيمته للمولى لتعينه للرق
وعلى القاتل الثاني ديته لورثته لتعينه للعتق بعد موت الاول وان
كان لا يدري ايهما قتل اولا فعلى كل واحد منهما قيمته وللمولى من كل واحد
منهما نصف القيمة كما لاول لعدم اولوية احدهما بالتقدم قال ومن فقأ
عيني عبد دفع سيده عبده واخذ قيمته او امسكه ولا يأخذ النقصان
اي اذا فقأ رجل عيني عبد فالمولى بالخيار ان شاء دفع العبد المفقوء
الى الفاقئ واخذ قيمته كاملا وان شاء امسكه ولا شيء له وهذا عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء
دفع العبد واخذ قيمته وقال الشافعي يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة
لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فيبقى الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى
يديه او فقأ احدى عينيه ونحن نقول المالية قائمة في الذات وهي معتبرة
في حق الاطراف لان اقتصار اعتبار المالية في الذات دون الاطراف سقط
بل المالية معتبرة في الاطراف ايضا بل اعتبار المالية في الاطراف اولى لانها
يسلك بها مسلك الاموال فاذا كانت المالية معتبرة وقد وجد ايضا اتلاف
النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة وهذا الضمان مقدر بقيمة الكل
فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر عنه ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا
فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل

النقل

النقل من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد
تفويت جنس المنفعة فاذا ثبت هذا جئنا الى تعليل مذهب الفريقين
لنا ان العبد في حكم الجناية على اطرافه بمنزلة المال حتى لا يجب القود فيها ولا
يتحملها العاقلة وتجب القيمة بالغة ما بلغت وكان معتبرا بالمال فاذا كان
معتبرا به اوجب تخيير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الاموال فان
خرق ثوب الغير خرقا فاحشا يوجب تخيير المالك ان شاء دفع الثوب وضمنه
قيمته وان شاء امسكه وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة
في الذات فالادمية ايضا غير مهدرة فيه وفي الاطراف الا ترى ان عبدا لو قطع
يد عبد اخر يؤمر مولاه بالدفع او الفداء وهذا من احكام الادمية لان موجب الجناية
على المال ان يباع رقبته فيها ثم من احكام الادمية ان لا ينقسم الضمان على الجزء
الفائت والقائم بل يكون بازاء الفائت لا غير ولا يتملك الجثة ومن احكام المالية
ان ينقسم على الجزء الفائت والقائم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما
فقلنا بانه لا ينقسم اعتبارا للادمية ويتملك الجثة اعتبارا للمالية وهذا
اولى مما قالاه لانه فيما قالاه اعتبار جانب المالية فقط وهو ادنى واهدر
جانب الادمية وهو اعلى ومما قاله الشافعي ايضا لان فيه اعتبار الادمية
فقط والشيء اذا اشبه شيئين توفر عليه حظهما قال جنى مدبر او ام ولد
ضمن السيد الاقل من القيمة ومن الارش لما روي عن ابي عبيدة بن الجراح
رضي الله عنه انه قضى بجناية المدبر على المولى بمحضر من الصحابة من غير نكير
وكان يومئذ اميرا بالشام فكان اجماعا ولان المولى صار مانعا بالتدبير تسليمه
في الجناية وكذا بالاستيلاد من غير ان يصير مختارا للفداء لعدم علمه بما يحدث
فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من القيمة
ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر
من العين وقيمتها تقوم مقامها ولا يتخير بين الاكثر والاقل لانه لا يفيد
في جنس واحد لاختياره الاقل بخلاف ما اذا كان الجاني قنا حيث يتخير
بين الدفع والفداء ولا يجب الاقل لان فيه فائدة لاختلاف الجنس لان من
الناس من يختار دفع العين ومنهم من يختار دفع النقد على ما هو الايسر
عنده ويبقى ما يختاره على ملكه ويخرج الاخر عن ملكه ثم الاصل فيه ان
جنايات المدبر حيث لا توجب الا قيمة واحدة وان كثرت لانه لا منع منه
الا رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العين في القن ودفع العين لا
يتكرر فكذا ما قام مقامها ويتضاربون بالحصص في القيمة ويعتبر قيمته
في حق كل واحد منهم في حال الجناية عليه لانه يستحقه في ذلك الوقت حتى

اذا قتل رجلا وقيمته الف ثم قتل آخر وقيمته
خمسمائة يجب على المولى الف درهم لانه جنى على الاوسط وقيمته الف ان
فيكون لولي الاوسط الف منها لا يشاركه فيه احد لان ولي الاول لا حق له
فيما زاد على الالف وانما حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو الف درهم
وكذا الثالث لا حق له فيما زاد على خمسمائة لما ذكرنا ثم تعطى خمسمائة
فيقسم بين الاول والاوسط يضرب الاول بجميع حقه وهو عشرة الاف
درهم ويضرب الاوسط بما بقي من حقه وهو تسعة الاف لوصول الالف اليه
ويبقى من قيمته خمسمائة تقسم بين الثلاثة لاستوائهم فيها فيضرب الثالث
بعشرة الاف ويضرب الاول بعشرة الا ما اخذ في تلك المرة ويضرب الاوسط
بعشرة الاف الا ما اخذ في المرتين **قال** فان دفع القيمة بقضاء ثم جنى
اخرى شارك الثاني الاول اي اذا دفع المولى القيمة لولي الجناية الاولى
بقضاء القاضي ثم جنى جناية اخرى بعد ذلك فلا شيء على المولى لان جناياته
كلها لا توجب الا قيمة واحدة ولا تعدي من المولى بدفعها الى ولي الجناية
الاولى لانه مجبور عليه بالقضاء فيتبع ولي الجناية الثانية ولي الاولى
فيشاركه فيها ويقتسمانها على قدر حقهما على ما ذكرنا **قال** وان دفع بغير
قضاء اتبع السيد او ولي الجناية اي لو دفع المولى القيمة الى ولي الجناية
الاولى كان ولي الجناية الثانية بالخيار ان شاء اتبع المولى بحصته من القيمة
وان شاء اتبع ولي الجناية الاولى وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
لا شيء على المولى لانه فعل عين ما يفعله القاضي ولا تعدي منه بتسليمه
الى الاول لانه حين دفع دفع الحق الى مستحقه ولم تكن الثانية موجودة
ولا علم له بما تحدث حتى يجعل متعديا ولابي حنيفة ان جنايات المدبر توجب
قيمة واحدة ثم شركا فيها والجناية المتأخرة كالمقارنة ولهذا يشتركون
فيها كلهم ثم اذا دفعها الى الاول باختياره صار متعديا في حق الثاني
لان حصته وجب عليه وليس له ولاية عليه حتى ينفذ هذا الدفع في حقه
بخلاف القاضي لان له ولاية عليه فينفذ فاذا لم ينفذ دفع المولى في حق
الثاني فالثاني بالخيار ان شاء اتبع الاول لانه قبض حقه ظلما فصار به
ضامنا فيأخذه منه وان شاء اتبع المولى لانه دفع حقه بغير اذنه فاذا اخذ
منه رجع المولى على الاول بما ضمن للثاني وهو حصته لانه قبضه بغير حق
فيسترده منه وهذا لان المولى لا يجب عليه الا قيمة واحدة فلو لم يكن
حق الرجوع لكان الواجب عليه اكثر من القيمة ولان الثانية مقارنة
من وجه حتى يشاركه ومتأخرة من وجه في حق اعتبار القيمة فيعتبر مقارنة

في حق التضمين ايضا كيلا يبطل حق ولي الثانية واذا اعتق المدبر وقد
جنى جنايات لم تلزمه الا قيمة واحدة لما ذكرنا وسواء اعتقه بعد العلم
بالجناية او قبله لان حق الولي لم يتعلق بالعبد فلم يكن مفوتا بالاعتاق
وام الولد كالمدبر في جميع ما ذكرنا من الاحكام لامتناع الدفع كالمدبر واذا
اقر المدبر او ام الولد بجناية توجب المال لا يجوز اقراره ولا يلزمه شيء لان
موجب جنايته على المولى لا على نفسه واقراره على المولى غير نافذ بخلاف
ما اذا كانت الجناية موجبة للقود بان اقر بالقتل عمدا حيث يصح اقراره
فيقتل به لانه اقرار على نفسه فينفذ عليه لعدم التهمة والله تعالى اعلم

باب غصب العبد والمدبر والجناية في ذلك

قال قطع يد عبده فغصبه رجل ومات منه ضمن قيمته اقطع وان قطع
يده في يد الغاصب فمات منه برئ لان الغصب يوجب ضمان ما غصب وبرا
الغاصب عن الضمان باسترداد المولى المغصوب وفي المسألة الاولى لما
قطعه المولى في يده نقصت قيمته بالقطع فيجب على الغاصب قيمته
اقطع وفي الثانية حين قطع المولى العبد في يد الغاصب صار مستردا له
لاستيلائه عليه وبرئ الغاصب من ضمانه لوصول ملكه الى يده قال صاحب
الهداية في الفرق بين المسألتين ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب
الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فيجب قيمته اقطع ولم يوجد
القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار
المولى متلفا فيصير مستردا وهذا مشكل لان السراية انما تنقطع باعتبار
تبدل الملك لاختلاف المستحقين والغصب ليس بسبب للملك وضعا
والغاصب لا يملكه الا باداء الضمان ضرورة كيلا يجتمع البدل والاصل في ملك
واحد وذلك بعد ملك المولى البدل ولم يوجد فحقيقته ان معنى قولهم يقطع
السراية ان ما حصل من التلف بالسراية يكون هدرا الا ان ينسب ذلك الى
غير الجاني **قال** غصب محجور مثله فمات في يده ضمن اي اذا غصب العبد
المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات المغصوب في يد الغاصب ضمن الغاصب
لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله وهذا منها فيضمن **قال** مدبر جنى عند
غاصبه ثم عند سيده ضمن قيمته لهما اي اذا غصب رجل مدبرا فجنى عنده
جناية ثم رده على مولاه فجنى عنده جناية اخرى ضمن المولى قيمته لوليي
الجنايتين فيكون بينهما نصفين لان موجب جناية المدبر وان كثرت قيمة
واحدة فيجب ذلك على المولى لانه هو الذي اعجز نفسه عن الدفع بالتدبير
السابق من غير ان يصير مختارا للفداء كما في القن اذا اعتقه بعد الجناية

من غير أن يتخللها وإنما كانت القيمة بينهما نصفين لاستوائهما في السبب
ورجع بنصف قيمته على الغاصب أي رجع المولى بنصف ما ضمن من قيمة المدبر
على الغاصب لأنه ضمن القيمة بالجنايتين نصفها بسبب كان عند الغاصب
والنصف الآخر بسبب وجد عنده فيرجع عليه بسبب لحقه من جهة الغاصب
فصار كأنه لم يرد نصف العبد لأن رد المستحق بسبب وجد عند الغاصب
بلا رد **قال** ودفع إلى الأول أي دفع المولى نصف القيمة التي أخذها من
الغاصب إلى ولي الجناية الأولى وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله لا يدفعها إليه لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض
ما سلم لولي الجناية الأولى لأنه إنما رجع على الغاصب بسبب ذلك فلا يدفع
إليه كيلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا
يتكرر الاستحقاق ولهما أن حق الأول في جميع القيمة لأنه حين جنى عليه لا يزاحمه
أحد فيستحق كله وإنما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فإذا وجد شيئا من
بدل العبد في يد المالك فارغا عن الحق أخذه ليتم حقه وقوله عوض ما سلم
لولي الجناية الأولى قلنا هو كذلك لكن ذلك في حق المولى والغاصب لأن
ما أخذ المولى من الغاصب عوض المدفوع إلى ولي الجناية الأولى وأما في حق
المجني عليه فهو عوض ما لم يسلم له ومثله جائز كالذمي إذا باع خمرا وقضى
ثمنها دين مسلم يجوز له أخذه لأن تلك الدراهم ثمن الخمر في حق الذمي وبدل
الدين في حق المسلم **قال** ثم رجع به على الغاصب أي رجع المولى بذلك الذي
دفعه إلى ولي الجناية الأولى ثانيا على الغاصب عندهما لأنه استحق من
يده بسبب كان في يد الغاصب فيرجع عليه بذلك فصار كأنه لم يرد ولم
يضمن له شيئا إذ لم يبق شيء من العبد أو من بدله في يده **قال** وبعكسه لا
يرجع به ثانيا أي بعكس ما ذكرنا يرجع المولى على الغاصب بالقيمة ثانيا.
وصورته أن المدبر جنى عند مولاه أولا فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى
ثم رده على المولى ضمن قيمته لولي الجنايتين فيكون بينهما نصفين ثم يرجع
المولى على الغاصب بنصف القيمة لأنه استحق عليه بسبب كان في يد الغاصب
فيدفعه إلى ولي الجناية الأولى بالإجماع أما عندهما فظاهر لما بينا وأما
عند محمد فلأنه امتنع الدفع إلى ولي الجناية الأولى في المسألة الأولى كيلا
يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد على ما بينا وهنا لا يلزم ذلك لأن ما
أخذ من الغاصب عوض ما دفع إلى ولي الجناية الثانية فإذا دفعه إلى
ولي الجناية الأولى لا يجتمع البدلان في ملك واحد وفي الأول يجتمع لأنه
عوض ما أخذه هو بنفسه ثم إذا دفعه إلى ولي الأولى لا يرجع به على الغاصب

٤٨٥

بالإجماع وهو المراد بقوله وبعكسه لا يرجع به ثانيا أما عند محمد فظاهر لأنه لم
يرجع في المسألة الأولى عنده ثانيا لأن المولى لما لم يدفع ما أخذ من الغاصب
إلى ولي الأولى سلم له ما أخذ من الغاصب فلم يتصور الرجوع عليه وهنا لم
يسلم له بالإجماع ومع هذا لا يرجع على الغاصب بالإجماع بما دفع ثانيا لأن
الذي دفعه المولى إلى ولي الجناية الأولى ثانيا هنا بسبب جناية وجدت
عنده فلا يرجع به على أحد بخلاف المسألة الأولى عندهما لأن دفع المولى ثانيا
إلى ولي الجناية الأولى فيها بسبب جناية وجدت عند الغاصب فيرجع عليه
به لما ذكرنا **قال** والقن كالمدبر غير أن المولى يدفع العبد هنا وثم القيمة
أي العبد القن فيما ذكرنا كالمدبر ولا فرق بينهما إلا أن المولى يدفع القن
وفي المدبر القيمة حتى إذا غصب رجل عبدا قنا فجنى في يده ثم رده على المالك
فجنى عنده جناية أخرى فإن المولى يدفعه إلى ولي الجنايتين ثم يرجع على
الغاصب بنصف قيمته فيدفعه إلى الأول ثم يرجع به على الغاصب عندهما
وعند محمد لا يدفع ما أخذه من الغاصب إلى ولي الأولى بل يسلم له فلا يتصور
الرجوع على الغاصب ثانيا عنده على ما ذكرنا في المدبر وإن جنى عند المولى
أولا ثم غصبه فجنى في يده ثم رده إلى المولى دفعه إلى وليي الجنايتين نصفين
ثم رجع بنصف قيمته على الغاصب فيدفعه إلى ولي الأولى ولا يرجع به ثانيا
على الغاصب لما ذكرنا **قال** مدبر جنى عند غاصبه فرد فغصبه فجنى على
سيده فرده فغصبه فجنى عنده على سيده قيمته لهما معناه إذا غصب رجل
مدبرا فجنى عنده جناية فرده على المولى ثم غصبه ثانيا فجنى عنده جناية
أخرى فعلى المولى قيمته بين وليي الجنايتين نصفين لأنه منعه بالتدبير
فوجب على سيده قيمته على ما بينا **قال** ورجع بقيمته على الغاصب لأن
الجنايتين كانتا في يد الغاصب فاستحق كله بسبب كان في يده فيرجع عليه
بالكل بخلاف المسائل المتقدمة فإنه هناك استحق النصف بسبب كان
عنده والنصف بسبب كان في يد المالك فيرجع بالنصف لذلك **قال**
ودفع نصفها إلى الأول أي دفع المولى نصف القيمة المأخوذة من الغاصب
ثانيا إلى ولي الجناية الأولى لأنه استحق كل القيمة لعدم المزاحم عند
وجود جنايته وإنما انتقص حقه بحكم المزاحمة من بعد **قال** ورجع بذلك
النصف على الغاصب أي رجع المولى بالنصف الذي دفعه ثانيا إلى ولي
الجناية الأولى على الغاصب لأن استحقاق هذا النصف ثانيا بسبب
كان في يد الغاصب فيرجع عليه به ويسلم له ذلك ولا يدفعه إلى ولي الجناية
الأولى لأنه استوفى حقه ولا إلى ولي الثانية لأنه لا حق له إلا في النصف

ليستحق الاول عليه وقد وصل ذلك اليه وهذا لان الثاني لم يستحق الا
النصف لوجود المزاحم وقت وجود جنايته والمزاحمة موجودة فيبقى على ما
كان بخلاف ولي الاول لانه استحق الكل وقت الجناية عليه وانما رجع حقه
الى النصف للمزاحمة فاذا وجد شيئا من بدل العبد اخذه حتى يستوفي حقه
ثم قيل هذه المسئلة على الخلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد
ان الذي يرجع به ولي الجناية الاولى عوض ما سلم له في المسئلة الاولى لان
الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق اما في هذه
المسئلة فيمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لانها كانت في يد الغاصب
فلا يؤدي الى ما ذكرنا **قال** غصب صبيا حرا فمات في يده فجاءة او بحمى
لم يضمن وان مات بصاعقة او نهش حية فديته على عاقلة الغاصب وهذا
استحسان والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي لان الغصب
في الحر لا يتحقق الا ترى انه لا يتحقق في المكاتب وان كان صغيرا لكونه حرا
يدا مع انه رقيق رقبة فالحر يدا ورقبة اولى ان لا يضمن به وجه الاستحسان
ان هذا ضمان اتلاف لا ضمان غصب والصبي يضمن بالاتلاف وهذا لان
نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق اتلاف منه تسبيبا وهو متعد
فيه بتفويت يد الحافظ وهو الولي فيضمن وهذا لان الحيات والسباع
والصواعق لا تكون في كل مكان فامكن حفظه عنه فاذا نقله اليه وهو
متعد فيه فقد ازال حفظ الولي عنه متعديا فيضاف اليه لان شرط
العلة بمنزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت
فجاءة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى مكان
يغلب فيه الحمى والامراض نقول انه يضمن وتجب الدية على العاقلة
لكونه قتلا تسبيبا بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه وان كان صغيرا
وهو يلحق بالكبير الا ترى انه لا يزوج الا برضاه كالحر البالغ والحر الصغير
يزوجه وليه بدون رضاه وهو عاجز عن حفظ نفسه فاذا اخرجه من يد
الولي فات ما يمكن التحرز عنه فيضمن والمكاتب لا يعجز عن حفظ نفسه فلا يضمن
بالغصب كالحر الكبير حتى لو لم يمكنه من حفظ نفسه بما صنع له به من قيد ونحوه
يضمن المكاتب والحر الكبير ايضا كما يضمن الصغير لانه حينئذ يكون التلف
مضافا الى الغاصب لتقصير حفظه **قال** رحمه الله كصبي اودع عبدا
فقتله اي يضمن عاقلة الغاصب كما يضمن عاقلة الصبي اذا قتل عبدا
اودع عنده وان اودع طعاما فاكله لم يضمن وهذا الفرق بين العبد
المودع والطعام المودع قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي

يضمن

يضمن الصبي المودع في الوجهين وعلى هذا لو اودع العبد المحجور عليه مالا
فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة ويؤاخذ به بعد العتق
وعند ابي يوسف والشافعي رحمهما الله يؤاخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف
الاقراض في العبد والصبي وكذا الاعارة فيهما ثم محمد رحمه الله في الجامع
شرط ان يكون الصبي عاقلا وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي عمره
اثنتا عشرة سنة وذلك دليل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان
التسليط غير معتبر فيه وفعله معتبر لابي يوسف والشافعي انه اتلف مالا
متقوما معصوما حقا للمالك فيجب عليه ضمانه كما اذا كانت الوديعة
عبدا او كان الصبي مأذونا له في التجارة او في الحفظ من جهة الولي وكما اذا
اتلفه غيره في يده ولو لم يكن معصوما لما ضمنه لان المال الذي سلط الغير
فيه على استهلاكه بمنزلة المباح حتى لا يضمنه من استهلكه لثبوت ولاية
الاستهلاك فيه لكل واحد ولهما انه اتلف مالا غير معصوم فلا يؤاخذ بضمانه
كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها
على نفسه حيث وضعه في يد مانعة فلا تبقى معصومة الا اذا اقام
غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة هنا لانه لا ولاية له على الصبي حتى
يلزمه ولا للصبي على نفسه حتى يلتزم بخلاف المأذون له لان له ولاية
على نفسه كالبالغ وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته لحق نفسه
اذ هو مبقى على اصل الحرية في حق الدم وكانت عصمته لحق نفسه لا لمالك
لان عصمة المالك انما تعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك
بالتسليط وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يقدر ان يمكن غيره من ذلك
فلا يعتبر تسليطه فيضمن الصبي باستهلاكه بخلاف سائر الاموال

باب القسامة قال

قتيل وجد في محلة لم يدر قاتله حلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي
بالله تعالى ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا هذا على سبيل الحكاية عن الجمع
واما عند الحالف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا لجواز
انه قتله وحده فيجترئ على يمينه بالله ما قتلنا يعني جميعا ولا يحلف لانه
اذا قتله مع غيره كان قاتلا له وقال الشافعي رحمه الله اذا كان هناك
لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا
كانت الدعوى او خطأ وقال مالك يقضى بالقود اذا كانت الدعوى
في القتل العمد وهو احد قولي الشافعي رحمه الله واللوث عندهما ان يكون
هناك علامة القتل على واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة

ظاهرة او يشهد عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن
ثم لوث يستحلف المدعي عليهم فان حلفوا فلا دية عليهم وان ابوا ان يحلفوا يحلف
المدعون واستحقوا ما ادعوا لما روي ان عبد الله بن سهل وجد قتيلا في قليب
من قلب خيبر فقال عمه يا رسول الله انا وجدنا عبد الله بن سهل قتيلا في قليب
من قلب خيبر وذكر عداوة يهود لهم فقال افتبريكم يهود بخمسين يمينا انهم لم يقتلوه
قال قلت فكيف نرضى بايمانهم وهم مشركون قال فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه
قالوا كيف نقسم على ما لم نره فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده وفي
رواية قال عليه السلام حين اخبر بذلك اتحلفون خمسين يمينا وتستحقون
دم قاتلكم او صاحبكم قالوا يا رسول الله لم نشهد ولم نحضر قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم افتبريكم يهود بخمسين يمينا قالوا يا رسول الله كيف نقبل ايمان
قوم كفار ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب
اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي
اصل له كما في النكول الا ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها
والمال يجب معها فلهذا تجب الدية ولنا قوله عليه السلام لو اعطي الناس بدعواهم
لادعى ناس دماء رجال واموالهم ولكن البينة على المدعي واليمين على من انكر
فسوى في ذلك بين الدماء والاموال وحكم فيهما بحكم واحد وروى ابن المسيب
ان النبي صلى الله عليه وسلم بدأ باليهود في القسامة وجعل الدية عليهم لوجود
القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق ولهذا لا
يستحق بيمينه المال المبتذل فكيف يستحق به النفس المحترم وما رواه ضعفه
جماعة من اهل الحديث فلا يلزم حجة ولئن ثبت انما قال ذلك على سبيل الاستفهام
انكارا عليهم لما لم يرضوا بايمانهم وكانه قال لهم ان اليهود وان كانوا كفارا
ليس عليهم فيما يدعون عليهم غير ايمانهم وكما لا يقبل منكم وان كنتم مسلمين
ايمانكم فتستحقون بها كذلك لا يجب على اليهود بدعواكم عليهم غير ايمانهم
والدليل على صحة هذا التاويل حكم عمر رضي الله عنه به بعد النبي صلى الله عليه
وسلم بحضرة الصحابة رضي الله عنهم من غير انكار احد منهم فصار اجماعا ومحال
ان يكون علم ذلك عندهم ولا يخبرونه به اذ قال لوادعة في قتيل وجد بين
وادعة وخيوان يحلف خمسون منكم رجلا بالله ما قتلنا ولا علمنا
له قاتلا ثم اغرموا فقال له الحرث نحلف ونغرم فقال نعم وهذا نص على
ما قلنا وقوله يتخيرهم الولي في المختصر نص على ان الخيار الى الولي لان
اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل او اهل الخبرة بذلك
او صالحي اهل المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ فيظهر القاتل

ولو

ولو اختار اعمى او محدودا في قذف جاز لانها يمين وليست بشهادة بخلاف
اللعان لانها شهادة فلا يلاعن بين المحدود وبين امرأته اذ ليس
هو من اهلها قال فاذا حلفوا قضي على اهل المحلة بالدية ولا يحلف
الولي وقال الشافعي رحمه الله يحلف الولي بعد ما حلف اهل المحلة فاذا
حلف الاولياء قضى لهم بالدية ولا تجب بمجرد يمين اهل المحلة لقوله عليه
السلام في حديث عبد الله بن سهل رضي الله عنه تبريكم اليهود بايمانها ولان
اليمين عهد في الشرع مبرئا للمدعى عليه لا ملزما له كما في سائر الدعاوي
ولنا ما روينا من الخبر والاثر وقوله عليه السلام تبريكم اليهود محمول على
الابراء عن القصاص والحبس واليمين مشروعة لتعيين القاتل لا يجب الدية
عند نكولهم حتى ينتفي باليمين لان الدية وجبت بالقتل الموجود منهم ظاهرا
او لتقصيرهم عن المحافظة على ما عرف في القتل خطأ ومن ابى منهم اليمين
حبس حتى يحلف لان اليمين مستحقة عليه فيه لذاته تعظيما لامر الدم
ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان اليمين بدل عن اصل
حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى عليه المال المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذله
الدية هذا الذي ذكرناه اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا
اذا ادعى على البعض لا باعيانهم القتل عمدا او خطأ لان المدعى عليهم لا يتميزون
عن الباقي ولو ادعى على البعض باعيانهم القتل عمدا او خطأ فكذلك الجواب
واطلاق الكتاب يدل على ذلك وعن ابي يوسف في غير رواية الاصول ان القسامة
والدية تسقط عن الباقين من اهل المحلة ويقال للولي الك بينة فان
قال لا يستحلف المدعى عليه يمينا واحدة وروى ابن مالك عن ابي حنيفة
مثله وجهه ان القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرف بالنص
اذا كان في مكان ينسب الى المدعى عليهم وفيما وراءه يبقى على اصل القياس وصار
دعواه اياه اذا لم يثبت ادعى معرفة من قتله وصار كما اذا ادعى القتل على
واحد من غيرهم وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة لانه
لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فيجب باطلاق النصوص
لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو اوجبناهما
لاوجبناهما بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك ان يثبت ما ادعاه اذا كان
له بينة وان لم يكن له بينة استحلف يمينا واحدة لانه ليس بقسامة لانعدام
النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل ففي دعوى المال يثبت
وفي دعوى القصاص فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في كتاب الدعوى
قال وان لم يتم العدد كرر الحلف عليهم ليتم خمسين يمينا لان الخمسين

واجب بالنص فيجب اتمامه ما امكن ولا يشترط فيه الوقوف على الغاية فيما ثبت
بالنص وقد روي عن عمر رضي الله عنه لما قضى بالقسامة وافى اليه تسعة واربعون
رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعي
مثل ذلك ولان فيه استعظاما لامر الدم فيكمل وتكرار اليمين من واحد على
سبيل الوجوب يكون شرعا كما في كلمات اللعان وان كان العدد كاملا فاراد الولي
ان يكرر على احدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال وقد
كمل قال ولا قسامة على صبي ومجنون ولا امراة وعبد لانهم ليسوا من اهل
النصرة وانما هم اتباع والنصرة لا تقوم بالاتباع واليمين على اهل النصرة
ولان الصبي والمجنون ليسا من اهل القول الصحيح واليمين قول قال
ولا قسامة ولا دية في ميت لا اثر به او يسيل دم من فمه او انفه او دبره
بخلاف عينه واذنه لان القسامة تجب في القتيل وهذا ليس بقتيل وانما
مات حتف انفه وفي مثله لا قسامة ولا غرامة لان الغرامة تتبع فعل العبد
والقسامة لاحتمال القتل منهم فلا بد من ان يكون بالميت يستدل به على انه
قتيل وذلك بان يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق فاذا لم يكن به شيء من الاثر
لا يكون بفعل البشر فلا يكون قتيلا وكذا اذا خرج الدم من فيه او دبره
او ذكره لان هذه المخارق يخرج منها الدم عادة فلا يستدل به على انه قتيل
بخلاف ما اذا خرج الدم من عينه او اذنه لانه لا يخرج عادة الا من شدة الضرب
فيكون قتيلا ظاهرا فيجري عليه احكامه وهو المراد بقوله بخلاف عينه
واذنه اي بخلاف ما اذا خرج الدم من عينه او اذنه ولو وجد بدن
القتيل كله او اكثر من نصفه او النصف ومعه الراس في محلة فعلى اهلها
القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف
كان معه الراس او لم يكن فلا شيء عليهم لان هذا حكم عرف بالنص وقد ورد
به في البدن ولكن للاكثر حكم الكل فاجرينا عليه احكامه تعظيما
للآدمي واما الاقل فليس في معناه فلا يلحق به ولانا لو اعتبرناه لاجتمعت الديات
والقسامات بمقابلة شخص واحد بان يوجد اطرافه في القرى متفرقة
وهو غير مشروع فينتفي ما يؤدي اليه فيجريان في الاكثر او النصف مع الراس
لا غير احترازا عن التكرار وبني على هذا الصلاة على الجنازة لانها لا تتكرر كالقسامة
والدية ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة
لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان به اثر الضرب وهو تام الخلق وجبت
القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا وان كان
ناقص الخلق فلا شيء عليهم لانه ينفصل ميتا ظاهرا وانما وجب القسامة

والدية

والدية في تام الخلق بالظاهر ولم يوجب الدية في غير الصبي وذكره بالظاهر
لان الاطراف اقل خطرا ولهذا يسلك بها مسلك الاموال فلا تجب فيما لم
يعلم سلامته يقينا بخلاف النفس فان خطرها عظيم فيجب بدلها على الظاهر
ولهذا تجب القسامة والدية من غير تحقق القتل منهم بخلاف الاطراف
ولان الجنين نفس فاعتبرنا جهة النفس ان انفصل حيا فيستدل عليه بتمام
الخلق وعضو من وجه فاعتبرنا جهة العضو ان انفصل ميتا فيستدل عليه
بنقصان الخلق قال قتيل على دابة معها سائق او قائد او راكب
فديته على عاقلته دون اهل المحلة لانه في يده فصار كما اذا كان في
داره وان اجتمع فيها السائق والقائد والراكب كانت الدية عليهم جميعا
لان القتيل في ايديهم دون اهل المحلة فصار كما اذا وجد في دارهم ولا
يشترط ان يكونوا مالكين للدابة بخلاف الدار والفرق ان تدبير الدابة
اليهم وان لم يكونوا مالكين لها وتدبير الدابة الى مالكها وان لم يكن ساكنا
فيها وقيل القسامة والدية على مالك الدابة فعلى هذا لا فرق بينها وبين
الدار وعن ابي يوسف انه لا يجب على السائق الا اذا كان يسوقها مختفيا
لان الانسان قد ينقل قريبه الميت من مكان الى مكان للدفن واما اذا كان
على وجه الخفية فالظاهر انه هو الذي قتله وان لم تكن مع الدابة احد
فالدية والقسامة على اهل المحلة الذين وجد فيهم القتيل على الدابة
لان وجوده على الدابة كوجوده في الموضع الذي فيه الدابة قال وان
مرت دابة عليها قتيل بين قريتين فعلى اقربهما لما روي انه عليه السلام
امر في قتيل وجد بين قريتين بان يذرع فوجد الى احدهما اقرب بشبر فقضى
عليهم بالقسامة وقيل هذا محمول على ما اذا كانوا بحيث يسمع منه الصوت
واما اذا كانوا بحيث لا يسمع منه الصوت فلا شيء عليهم لانهم اذا كانوا
بحيث يسمع منهم الصوت يمكنهم الغوث فينسبون الى التقصير في النصرة
واذا كانوا بحيث لا يسمع منه الصوت لا يمكنهم فلا ينسبون الى التقصير
في النصرة قال واذا وجد في دار انسان فعليه القسامة والدية
على عاقلته لان الدار في يده وينتصر بعاقلته ولا يدخل السكان
في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير تكون بالسكنى كما تكون بالملك الا ترى
انه عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود وكانوا سكانا بخيبر
لانه عليه السلام كان قسم خيبر بين المسلمين ولهما ان الملاك هم المختصون
بنصرة البقعة عادة دون السكان ولان سكنى الملاك الزم وقرارهم

ادوم وكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر
فالنبي عليه السلام كان اقرهم على املاكهم فكان ياخذ منهم على وجه الخراج
قال وهي على اهل الخطة دون السكان والمشترين وهذا عند ابي
حنيفة ومحمد واهل الخطة هم الذين خط لهم الامام وقسم الاراضي بخطه
ليتميز انصباءهم وقال ابو يوسف رحمه الله الكل مشتركون لان الضمان انما يجب
بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا جعلوا مقصرين جناة والولاية
باعتبار الكون فيه وقد استووا فيه فصار كالدار المشتركة بين واحد من
اهل الخطة وبين المشتري ولو كان للخطة تاثير في التقدم لما شاركه
المشتري ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة في العرف
فيختص بهذه الصيانة لان الدية والقسامة يجبان بسببها ولان اهل الخطة
اصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وفي الدار المشتركة
ولاية التدبير الى الملاك مطلقا بخلاف القرية والمحلة وقيل ابو حنيفة
بنى ذلك على ما شاهده من عادة اهل الكوفة قال فان لم يبق واحد منهم
فعلى المشترين اي ان لم يبق واحد من اهل الخطة فعلى المشترين وهذا بالاجماع
لان الولاية لهم لزوال من يزاحمهم ثم اذا وجد في دار انسان تدخل العاقلة
في القسامة اذا كانوا حاضرين عندهما وعند ابي يوسف لا تدخل لان رب الدار
اخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم
فصار كما اذا كانوا غائبين ولهما انهم بالحضور لزمتهم نصرة البقعة كما
تلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة قال واذا وجد في دار مشتركة
على التفاوت فهي على الرؤوس اي اذا وجد القتيل في دار مشتركة بين جماعة
انصباؤهم فيها متفاضلة بان كانت بين ثلاثة مثلا لاحدهم النصف
وللاخر الثلث وللثالث السدس تنقسم الدية والقسامة على عدد رؤوسهم
ولا معتبر بتفاوت الانصباء لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير
فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة
قال واذا بيع فلم يقبض فهي على عاقلة البائع وفي الخيار على ذي اليد
اي اذا بيعت الدار ولم يقبضها المشتري حتى وجد فيها قتيل فضمانه على
عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي في
يده وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا رحمهما الله ان لم يكن فيه
خيار فهو على عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فعلى عاقلة الذي
تصير له لانه انما نزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ فلا يجب الا على
من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا لو كانت الدار وديعة

يجب

يجب الدية على صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في
البيع البات وفي الذي شرط فيه الخيار يعتبر قراره المال كما في صدقة
الفطر ولابي حنيفة ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك الا ترى انه
يقدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقدر بالملك بدون اليد في
الدار المغصوبة وفي البيع البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه
الخيار لاحدهما لانه دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له
فهو اخص الناس به تصرفا وان كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه
بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ بخلاف صدقة
الفطر لانها تجب على المالك لا على الضامن وهذا ضمان جناية فيجب على
الضامن لان ضمان الجناية لا يشترط فيها الملك الا ترى ان الغاصب يجب
عليه ضمان جناية العبد المغصوب ولا ملك وبخلاف ما اذا كانت الدار
في يده وديعة لان هذا الضمان ضمان ترك الحفظ وهو انما يجب على من كان
قادرا على الحفظ وهو من له يد اصالة لا يد نيابة ويد المودع يد نيابة
وكذا المستعير والمرتهن وكذا الغاصب لان يده يد امانة لان العقار
لا يضمن بالغصب عندنا ذكره في النهاية وذكر في الهداية ما يدل على ان
الضمان على الغاصب قال ولا تعقل عاقلة حتى يشهد الشهود انها لذي
اليد اي اذا كانت دار في يد رجل فوجد فيها قتيل لا تعقله عاقلته
حتى يشهد الشهود انها لصاحب اليد لان ملك صاحب اليد لا بد منه
حتى تعقله عاقلته عنه واليد وان كانت تدل على الملك ولكنها محتملة
فلا تكفي لايجاب الضمان على العاقلة كما لا يكفي لاستحقاق الشفعة
في الدار المشفوعة لان ما ثبت بالظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ويصلح
للدفع وقد عرف في موضعه ولا فرق في ذلك بين ان يكون القتيل الموجود
فيها هو صاحب الدار او غيره عند ابي حنيفة على ما نبينه ان شاء الله تعالى
قال وفي الفلك على من فيها من الركاب والملاحين لانه في ايديهم فيستوي
المالك وغيره فيه اما على قول ابي يوسف فظاهر لانه كان يسوي في الدار
بين السكان والملاك والفرق لهما ان الفلك ينقل ويحول فيكون في
اليد حقيقة فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف العقار
لانه لا ينقل قال وفي مسجد محلة على اهلها وفي الجامع والشارع لا
قسامة والدية على بيت المال لان التدبير في مسجد المحلة اليهم والجامع
والشارع للعامة لا يختص به احد منهم والقسامة لنفي تهمة القتل وذلك
لا يتحقق في حق الكل فديته يكون في بيت المال لانه مال العامة وكذلك

الجسر العامة والسوق العامة التي في الشوارع وكذا لو وجد في مسجد جماعة
يكون في السوق التي هي للعامة لان التدبير في مثل هذا كله الى الامام
لانه نايب المسلمين لا الى اهل هذه السوق بخلاف الاسواق المملوكة لاهلها
او التي في المحال والمساجد التي فيها حيث تجب الضمان فيها على اهل المحلة
او على الملاك على الاختلاف الذي بينا لانها محفوظة بحفظ اربابها او بحفظ
اهل المحلة وفي المنتقى اذا وجد قتيل في صف من السوق فان كان اهل
ذلك الصف يبيتون في حوانيتهم فدية القتيل عليهم وان كانوا لا يبيتون
فيها فالدية على الذين لهم ملك الحوانيت ولو وجد في السجن فديته على بيت
المال عندهما وعند ابي يوسف على اهله وهي مبنية على مسئلة السكان والملاك
قال ويهدر لو في برية او وسط الفرات لان الفرات ليس في يد احد ولا
في ملكه اذا كان يمر به الماء بخلاف ما اذا كان النهر صغيرا بحيث يستحق به الشفعة
حيث يكون ضمانه على اهله لقيام يدهم عليه وكذا البرية لا يد لاحد فيها
ولا ملك فيهدر دم ما وجد فيها من القتيل حتى لو كانت البرية مملوكة لاحد
او كانت قريبة من القرية بحيث يسمع منه الصوت تجب على المالك وعلى اهل
القرية لما بينا وذكر الكرخي وشيخ الاسلام ان النهر العظيم اذا كان موضع
انبعاث مائه في دار الاسلام تجب الدية في بيت المال لانه في ايدي المسلمين
بخلاف ما اذا كان موضع انبعاث مائه في دار الحرب لانه يحتمل ان يكون
قتيل اهل الحرب فيهدر قال ولو محتبسا بالشاطئ فعلى اقرب القرى
اي لو كان القتيل محتبسا في شاطئ النهر فعلى اقرب القرى من ذلك الموضع
لان الشط في ايديهم يستقون منه ويوردون دوابهم فكانوا اخص بنصرته
من غيرهم فيكون ضمان المحتبس فيه عليهم لانه كالموضوع بالشط قال
ودعوى الولي على واحد من غير اهل المحلة تسقط القسامة عنهم وعلى معين
منهم لا وقد ذكرناه مع تشعبه والاختلاف فيه والقياس والاستحسان
فيه فلا نعيده قال رحمه الله وان التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن
قتيل فعلى اهل المحلة الا ان يدعي الولي على اولئك او على معين منهم
لان القتيل بين اظهرهم والحفظ عليهم فتكون القسامة والدية عليهم
الا اذا ابرأهم الولي بدعوى القتل على اولئك كلهم او على واحد منهم
بعينه فبرئ اهل المحلة ولا يثبت على المدعى القتل عليه الا بحجة على
ما بينا وقوله او على معين منهم ان اريد به الواحد من اهل المحلة يستقيم
على قول ابي يوسف لان اهل المحلة يبرؤون بدعوى الولي على واحد منهم
بعينه وهو القياس وعندهما لا يبرؤون وهو استحسان وقد بيناه في اوا

الباب فلا يستقيم وان اريد به واحد من الذين التقوا بالسيوف يستقيم
بالاجماع وقال ابو جعفر في كشف الغوامض هذا اذا كان الفريقان غير
متاولين اقتتلوا عصبية وان كانوا مشركين او خوارج فلا شيء فيه ويحمل ذلك
من اصابة العدو قال وان قال المستحلف قتله زيد حلف بالله ما قتلت
ولا عرفت له قاتلا غير زيد لانه لما اقر بالقتل على واحد منهم صار مستثنى عن
اليمين وبقي حكم من سواه على حاله فيحلف عليه ولا يقبل عليه قول المستحلف
انه قتله لانه يريد بذلك اسقاط الخصومة عن نفسه فلا يقبل ويحلف
على ما ذكرنا وفي النهاية هذا قول محمد واما على قول ابي يوسف فلا يحلف
على العلم لانه قد عرف القاتل واعترف به فلا حاجة اليه ومحمد رحمه الله
يقول يجوز انه عرف له قاتلا اخر معه قال وبطل شهادة بعض اهل المحلة
على غيرهم او واحد منهم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله
تقبل شهادتهم اذا شهدوا على رجل من غيرهم لان الولي لما ادعى القتل
على غيرهم تبين انهم ليسوا بخصماء غاية الامر انهم كانوا بعرضية ان يصيروا
خصماء وقد بطل ذلك بما ذكرنا فلا يمنع من قبول الشهادة كالوكيل بالخصومة
اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم
فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من الخصومة كالوصي اذا اخرج من الوصاية
بعد ما قبلها ثم شهد لا تقبل شهادته فالحاصل ان من صار خصما في حادثة
لا تقبل شهادته فيها ومن كان بعرضية ان يصير خصما ولم ينتصب خصما
في حادثة بعد تقبل شهادته وهذان الاصلان متفق عليهما غير انهما
يختلفان ان اهل المحلة ممن له عرضية ان يصير خصما وهو يجعلهم ممن انتصب خصما



وعلى هذين الاصلين يتخرج كثير من المسائل فمن جنس الاول الوكيل بالخصومة
اذا خاصم عند الحاكم ثم عزل لا تقبل شهادته والشفيع اذا طلب الشفعة
ثم تركها لا تقبل شهادته بالبيع ومن جنس الثاني ان الوكيل اذا لم يخاصم
والشفيع اذا لم يطلب وشهدا تقبل شهادتهما ولو ادعى الولي على رجل
بعينه من اهل المحلة فشهد شاهدان من اهلها عليه لم تقبل شهادتهما
عليه لان الخصومة قائمة مع الكل والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما
الا في رواية عن ابي يوسف ذكرناها من قبل ولو وجد الرجل قتيلا في دار
نفسه فديته على عاقلة ورثته عند ابي حنيفة وقالا لا شيء فيه لان الدار
في يده حين وجد الجرح فيكون كانه قتل نفسه فيكون هدرا وله ان
القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل في ملكه ولهذا لا يدخل في الدية
من مات قبل ذلك وحال ظهور القتيل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم

بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان الدار في ملكه حكما وقت ظهور
القتل فصار كانه قتل نفسه فيهدر دمه وهنا لان ملكه باعتبار عقد الكتابة
ومولاه بعد موته فيبقى ملكه لذلك ولو ان رجلين كانا في بيت ليس معهما
ثالث فوجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف يضمن الاخر الدية وقال محمد لا
يضمن لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل انه قتله الاخر فلا يضمن بالشك ولابي
يوسف ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ذلك ساقطا فصار
كما اذا وجد في محلة ولو وجد قتيل في قرية لامراة فعند ابي حنيفة ومحمد
القسامة عليها وتكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها وقال ابو يوسف
القسامة ايضا على العاقلة لان القسامة انما تجب على من كان من اهل
النصرة وهي ليست من اهلها فاشبهت الصبي ولهما ان القسامة لنفي التهمة
وتهمة القتل من المراة متحققة ثم قال المتاخرون من اصحابنا ان المراة تدخل
مع العاقلة في التحمل لانا انزلناها قاتلة فتشارك العاقلة فيجب
عليها وهو اختيار الطحاوي وهو الاصح فيها وفيما اذا باشرت القتل بنفسها
ومن جرح في قبيلة فنقل الى اهله فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب
فراش حتى مات فالدية والقسامة على تلك القبيلة عند ابي حنيفة رحمه
الله وقال ابو يوسف لا ضمان فيه ولا قسامة لان ما حصل في تلك القبيلة
ما دون النفس فلا قسامة فيه وصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله ان
الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص في العمد والدية
في الخطا فان لم يزل صاحب فراش اضيف الموت اليه والا فلا لانه يحتمل ان
يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك ولو ان رجلا معه جريح به رمق فحمله
انسان الى اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله في قول ابي
يوسف رحمه الله وفي قياس ابي حنيفة يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده
جريحا في يده كوجوده جريحا في المحلة كذا في الهداية ولو وجد قتيل في ارض
موقوفة على اربابها معلومة فالقسامة والدية على اربابها لان تدبيره
اليهم وان كانت موقوفة على المسجد فهو كما لو وجد في المسجد وقد ذكرنا
حكمه ولو وجد في عسكر نزلوا في فلاة مباحة ليست بمملوكة لاحد فان وجد
في خيمة او فسطاط فالقسامة والدية على من يسكنها لانها في يده كما في
الدار وان كان خارجا منها ينظر فان كانوا نزلوا قبايل قبايل متفرقين
فعلى القبيلة التي وجد فيها القتيل لانهم لما نزلوا قبايل قبايل في اماكن
مختلفة صارت الاماكن بمنزلة المحال المختلفة في المصر لانه ليس
لغيرهم ان يزاحمهم عن ذلك المكان ولو وجد بين القبيلتين فعلى اقربهما وان

استووا

استووا فعليهما كما اذا وجد بين القريتين او بين المحلتين وقال في الهداية
ان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية اعتبارا لليد عند انعدام
الملك وان كانوا نزلوا جملة مختلطين فعلى اهل العسكر كلهم لانهم لما نزلوا
جملة صارت الامكنة كلها بمنزلة محلة واحدة فيكون منسوبا اليهم كلهم فيجب
غرامة ما وجد خارج الخيام عليهم كلهم وان كان للارض مالك يجب على المالك
بالاجماع لانهم سكان فلا يزاحمون المالك في القسامة والدية وهذا عندهما
ظاهر والفرق لابي يوسف بينه وبين المحلة او الدار ان العسكر نزلوا فيه للاسف
والارتحال لا للقرار فلا يعتبر الا للضرورة بخلاف الدار والمحلة فانهم يكونون
فيه للقرار فلا بد من اعتباره وان كانوا لقوا عدوهم فلا قسامة ولا دية
لان الظاهر انه قتلهم

كتاب المعاقل

قال رحمه الله هي جمع معقلة وهي الدية اي المعاقل جمع معقلة بالضم والمعقلة
الدية وتسمى عقلا لانها تعقل الدماء من ان تسفك اي تمسكه يقال عقل البعير
عقلا شده بالعقال ومنه العقل لانه يمنعه عن القبائح قال كل دية وجبت
بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الجماعة الذين يعقلون العقل
وهو الدية يقال عقلت المقتول اي اعطيت ديته وعقلت عن القاتل
اي اديت عنه ما لزمه من الدية وقد ذكرنا الدية وانواعها في كتاب الديات
واما وجوبها على العاقلة فالاصل فيه ما صح عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قضى بدية المراة المقتولة ودية جنينها على عصبة القاتلة فقال
ابو القاتلة المقضي عليه يا رسول الله كيف اغرم من لا صاح ولا استهل ولا
شرب ولا اكل فمثل ذلك يطل فقال عليه السلام هذا من الكهان ولان النفس
محترمة فلا وجه الى اهدارها ولا الى ايجاب العقوبة على المخطئ لانه معذور
ومرفوع عنه الخطا وفي ايجاب الكل عليه عقوبة لما فيه من اجحافه واستيصاله
فيضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما كانوا اخص بالضم اليه لانه
انما قصر في الاحتراز لقوة فيه لان الغالب ان الانسان انما يجترئ على
افعاله اذا كان قويا فكانه لا يبالي باحد وتلك القوة تحصل بانصاره
غالبا وهم اخطؤا بنصرتهم له لانها سبب للاقدام على التعدي فقصروا
بها عن حفظه فكانوا اولى بالضم اليه وقوله كل دية وجبت بنفس القتل احترز
به عما ينقلب مالا بالصلح او بالشبهة لان الفعل العمد يوجب العقوبة فلا
يستحق التخفيف فلا يتحمل عنه العاقلة قال وهي اهل الديوان
ان كان القاتل منهم تؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين واهل الديوان اهل
الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان وهذا عندنا وقال

الشافعي رحمه الله على أهل العشيرة لما روينا وكان كذلك إلى أيام عمر رضي الله
ولا نسخ بعد النبي صلى الله عليه وسلم فيبقى على ما كان ولأنها صلة فالأقارب
أولى بها كالإرث والنفقات ولنا قضية عمر رضي الله عنه فإنه لما دون الدواوين
جعل الدية على أهل الديوان بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ
بل هو تقرير معنى لأن العقل كان على أهل النصرة وقد كانت بأنواع بالحلف
والولاء والعد وهو أن يعد الرجل من قبيله وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت
بالديوان فجعلها على أهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرون
بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وإن كانوا بالحلف فأهله والدية صلة كما قال
لكن إيجابها فيما هو صلة وهو العطاء أولى من إيجابها في أصول أموالهم لأنه أخف
وما تحمل العاقلة إلا للتخفيف والتقدير بثلاث سنين مروي عن النبي صلى الله
عليه وسلم ومحكي عن عمر رضي الله عنه ولأن الأخذ من العطاء للتخفيف وهو يخرج
في كل سنة مرة واحدة قال فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ
منها لحصول المقصود لأن المقصود التخفيف وقد حصل وهذا إذا كانت
العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية
قبل القضاء بالدية ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لأن الوجوب بالقضاء
ولو خرجت عطايا ثلاث سنين مستقبلة في سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية
لأنها بعد الوجوب إذ الوجوب بالقضاء وقد حصل المقصود بذلك وهو التخفيف
وإذا كان الواجب ثلث الدية أو أقل يجب في سنة وإذا كان أكثر منه يجب في سنتين
إلى تمام الثلثين ثم إذا كان أكثر منه إلى تمام الدية يجب في ثلث سنين لأن
جميع الدية في ثلث سنين فيكون كل ثلث في سنة ضرورة والواجب على القاتل
كالواجب على العاقلة حتى يجب في ثلاث سنين وذلك مثل الأب إذا قتل ابنه
عمدا أو انقلب القصاص بالشبهة مالا وقال الشافعي ما وجب على القاتل
في ماله يكون حالا لأن التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلتحق به العمد
المحض ولنا أن القياس يأبى إيجاب المال بمقابلة النفس لعدم المماثلة
بين النفس والمال والشرع ورد به إذا كان خطأ فلا يتعداه فيجب مؤجلا
ولو قتل عشرة رجلا واحدا خطأ فعلى عاقلة كل واحد منهم عشر الدية
في ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل وهو بدل النفس فيؤجل كل جزء من أجزائه
ثلاث سنين وأول المدة يعتبر من وقت القضاء بالدية لأن الواجب الأصلي
هو الدية والنقل إلى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداء المدة من وقته ونظيره
ولد المغرور فإن قيمته لا تجب قبل القضاء وإنما تجب بالقضاء فيعتبر قيمته
في ذلك الوقت قال وإن لم يكن ديوانيا فعاقلته قبيلته لما روينا

ول

ولأن نصرته بهم وهي المعتبرة في الباب قال وتقسم عليهم في ثلاث سنين
لا يؤخذ من كل واحد في كل سنة إلا درهم أو درهم وثلث ولم يزد على كل واحد من كل
الدية في ثلاث سنين على أربعة وذكر القدوري أنه لا يزاد الواحد على أربعة
دراهم في كل سنة وينقص منها والأول أصح فإن محمدا رحمه الله نص على أنه لا
يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ
من كل واحد في كل سنة إلا درهم أو درهم وثلث كما ذكرنا لأن معنى التخفيف
مراعى فيه ولو أخذ منه في كل سنة أربعة يكون في ثلاث سنين اثني عشر درهما
فيخرج من حد التخفيف لبلوغه حد الجزية قال فإن لم تتسع القبيلة لذلك
ضم إليهم أقرب القبائل نسبا على ترتيب العصبات ليتحقق معنى التخفيف
واختلفوا في آباء القاتل وأبنائه قيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون
لأن الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من أربعة وهذا المعنى إنما يتحقق
عند الكثرة والآباء والأبناء لا يكثرون قالوا هذا في حق العرب لأنهم حفظوا
أنسابهم فأمكن إيجابه على أقرب القبائل وأما العجم فقد ضيعوا أنسابهم فلا
يمكن ذلك في حقهم فإن لم يكن فقد اختلفوا فيه فقال بعضهم يعتبر المحال
والقرى الأقرب فالأقرب وقال بعضهم يجب الباقي في مال الجاني وعلى هذا أحكام
الرايات إذا لم تتسع لذلك أهل راية ضم إليهم أقرب الرايات أي أقربهم نصرة
إذا حزبهم أمر الأقرب فالأقرب ويفوض ذلك إلى الإمام لأنه هو العالم به وهذا
كله عندنا وعند الشافعي يجب على كل واحد نصف دينار فيسوي بين الكل لأنه
صلة فيعتبر بالزكاة وأدناها ذلك لأن خمسة دراهم عندهم نصف دينار
ولكنا نقول هي أحط رتبة من الزكاة ألا ترى أنه لا يؤخذ من أصل المال فينتقص
منها تحقيقا لزيادة التخفيف ولو كانت عاقلته أصحاب الرزق يقضى بالدية
في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث لأن الرزق في حقهم بمنزلة العطايا
قائم مقامها إذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر إن كانت أرزاقهم تخرج
في كل سنة يؤخذ كلما خرج رزق ثلث الدية بمنزلة العطايا وإن كان تخرج
في كل ستة أشهر يؤخذ منه سدس الدية وإن كانت تخرج في كل شهر فبحسابه وإن كانت
لهم أعطية في كل سنة وأرزاق في كل شهر فرضت الدية في الأعطية دون الأرزاق
لأن الأخذ من الأعطية أسهل ومن الأرزاق أصعب فلا يعتبر الخلف من الأصل ولأن
الأخذ من الأعطية أيسر لهم والأخذ من الأرزاق يؤدي إلى الإضرار بهم إذ الأرزاق
لكفاية الوقت فيتضررون بالأداء منه والأعطية ليكونوا مؤتلفين في
الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم الأداء منه قال والقاتل كأحدهم
أي كواحد من العاقلة لأنه هو القاتل فلا معنى لإخراجه ومؤاخذة غيره به

وقال الشافعي لا يجب على القاتل شيء من الدية لأنه معذور ولهذا لا يجب عليه
الكل فكذا البعض إذ الجزء لا يخالف الكل قلنا إيجاب الكل إجحاف به ولا
كذلك إيجاب البعض ولأنها تجب للنصرة وهو ينصر نفسه مثل ما ينصر غيره
بل أشد فكان أولى بالإيجاب عليه فإذا كان المخطئ معذورا فالبريء منه
أولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى وعدم وجوب الكل لا ينفي وجوب
البعض ألا ترى أن كل واحد من العاقلة لا يجب عليه الكل ومع هذا يجب عليه
البعض وظهر بذلك أن اعتبار الجزء بالكل باطل قال وعاقلة المعتق
قبيلة مولاه لأن نصرته بهم وأسه ينبئ عنها يؤيد ذلك قوله عليه السلام
مولى القوم منهم قال ويعقل عن مولى الموالاة مولاه وقبيلته ومولى
الموالاة هو الحليف فيعقل عنه مولاه الذي عاقده وعاقلة مولاه وهو المراد
بقوله وقبيلته أي قبيلة مولاه الذي عاقده لأنهم به يتناصرون
وهو الحلف بصوله فأشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي وقد ذكرناه
في الولاء قال ولا تعقل العاقلة جناية العبد والعمد ولا ما لزم بالصلح
ولا اعترافا لما روينا ولأنه لا يتناصر بالعبد والإقرار والصلح لا يلزمان
العاقلة لقصور ولايته عنهم قال إلا أن يصدقوه في الإقرار لأن
التصديق إقرارهم فيلزمهم بإقرارهم لأن لهم ولاية على أنفسهم والامتناع
كان لحقهم وقد زال أو تقوم البينة لأن ما ثبت بالبينة كالمشاهد لأنها كاسمها
مبينة وتقبل البينة هنا مع الإقرار وإن كانت لا تعتبر معه لأنها تثبت ما
ليس بثابت بإقرار المدعى عليه وهو الوجوب على العاقلة ثم ما ثبت بالإقرار
يجب مؤجلا وما ثبت بالصلح حالا إلا إذا اشترطا التأجيل في الصلح وقد
عرف في موضعه ولو أقر بالقتل خطأ فلم يرتفعوا إلى الحاكم إلا بعد سنين
قضي عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين لأن أول المدة من يوم القضاء عليه
لأن التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة فكذا في الثابت بالإقرار
بل أولى لأنه أضعف ولو تصادق القاتل وأولياء المقتول على أن قاضي
بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على
العاقلة لأن تصادقهما لا يكون حجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله لأن
الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما
فلم تلزمه إلا حصته بخلاف الأول حيث تجب الدية على المقر لأنه لم يوجد
التصديق من الولي بالقضاء بالدية على العاقلة وقد وجد هنا فافترقا
قال وإن جنى حر على عبد خطأ فهي على عاقلته يعني إذا قتله لأن
العاقلة لا تتحمل أطراف العبد وقال الشافعي لا تتحمل النفس أيضا بل

يجب في مال القاتل لأنه بدل المال وفي الحديث لا تعقل العاقلة عمدا
ولا عبدا ولنا أنه آدمي فتحمله العاقلة كالحر وهذا لأن ما يجب بقتله
دية وهي بدل الآدمي لا المال على ما بيناه من قبل وكانت على العاقلة
بخلاف ما دون النفس لأنه يسلك به مسلك الأموال والمراد بالحديث جناية
العبد أي لا تعقل العاقلة جناية عبد ولا جناية عمد ونحن نقول به لأن جنايته
توجب دفعه إلا أن يفديه المولى قال أصحابنا رحمهم الله ليس على النساء
والذرية ممن له حظ في الديوان عقل لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العواقل
صبي ولا امرأة ولأن العقل إنما يجب على أهل النصرة لتركهم مراقبته والناس
لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة
وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا أو امرأة لا شيء عليهما من الدية
بخلاف الرجل لأن وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل
لأنه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض لهما من العطايا للمعونة لا
للنصرة كفرض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم كذا في الهداية وهذا صحيح
فيما إذا قتله غيرهما وأما إذا باشرا القتل بأنفسهما فالصحيح أنهما يشاركان
العاقلة وكذا المجنون إذا قتل فالصحيح أنه يكون كواحد من العاقلة ولا
يعقل أهل مصر عن أهل مصر آخر إذا كان لأهل كل مصر ديوان على حدة لأن
التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فأهل
مصره أقرب إليه من أهل مصر آخر ويعقل أهل كل مصر عن أهل سوادهم
لأنهم أتباع لأهل المصر فإنهم إذا حزبهم أمر استنصروا بهم فيعقلهم أهل
المصر باعتبار معنى القرب والنصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانه
بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة لأنه يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل
أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا تظهر معه حكم النصرة بالقرابة والولاء
وقرب السكنى والعد والحلف وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه وعلى
هذا يخرج كثير من مسائل المعاقل منها إخوان ديوان أحدهما بالبصرة وديوان
الآخر بالكوفة لا يعقل أحدهما عن صاحبه وإنما يعقل عنه أهل ديوانه ومن
جنى جناية من أهل المصر وليس له في أهل الديوان عطاء وأهل البادية
أقرب إليه نسبا ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط
أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة لأن أهل الديوان هم الذين يذبون
عن أهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم ولا يخصون بالنصرة أهل
العطاء فقط بل ينصرون أهل المصر كلهم وقيل إذا لم يكونوا قريبا له لا يعقلونه وإنما

يعقلونه اذا كانوا اقرب نسبا اليه ولو في البادية اقرب منهم نسبا لان الوجوب
بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكانا وكانت القدرة على النصرة
لهم وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة في الانكاح ولو كان البدوي
نازلا في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله اهل المصر لان اهل العطاء لا ينصرون
من لا مسكن له فيه كما ان اهل البادية لا يعقلون عن اهل المصر النازل
فيهم لانهم لا يستنصرون بهم وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون
بها فقتل احدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا
احكام الاسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى
التناصر موجود في حقهم وان لم يكن لهم عاقلة معروفة فديته في ماله
في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب على
القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة اذا وجدت فلهذا لم توجد بقي
عليه بمنزلة مسلمين تاجرين في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضى
بالدية في ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه لان تمكنه من القتل
ليس بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر والكفار
يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا
هذا اذا لم تكن المعاداة بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة كاليهود
والنصارى ينبغي ان لا يعقل بعضهم بعضا وهذا عن ابي يوسف رحمه
الله لانقطاع التناصر بينهم ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء
فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته
من اهل البصرة وقال زفر رحمه الله يقضي على عاقلته من الكوفة وهو رواية
عن ابي يوسف رحمه الله لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته
اهل الكوفة فصار كما اذا تحول بعد القضاء ولنا ان الدية انما تجب بالقضاء
على ما ذكرنا ان الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب
على القاتل وتتحمل عنه العاقلة فاذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون
عاقلته عند القضاء بخلاف ما اذا تحول بعد القضاء لان الوجوب قد
تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه
بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت
العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب
لان في النقل ابطال الحكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين
فيما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان

القاتل

القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة
قضي على اهل البصرة بالدية ولو كان قضي بها على اهله بالكوفة لم ينتقل عنهم
وكذا البدوي اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل قضاء القاضي يقضى
بالدية على اهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول
عنهم بخلاف ما اذا كان قوم من اهل البادية فقضى عليهم بالدية في اموالهم
في ثلاث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير الدية في عطاياهم ولو كان
قضى بها في اول مرة لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضى بها في اموالهم
وعطاؤهم اموالهم غير ان الدية تقضى من ايسر الاموال اداء والاداء من
العطاء من جنس ما قضى به عليهم بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم
فحينئذ لا تحول الى الدراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى
الابل من مال العطايا بان تشترى به لانه ايسر قال علماؤنا رحمهم الله ان
القاتل اذا لم تكن له عاقلة فالدية في بيت المال اذا كان القاتل مسلما
لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته وليس بعضهم اخص من بعض بذلك ولهذا
اذا مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال
وعن ابي حنيفة رواية شاذة انها تجب في ماله ووجهها ان الاصل ان الدية
تجب على الجاني وهو القاتل لانه بدل المتلف والاتلاف منه الا ان العاقلة
تتحملها تحقيقا للتخفيف على ما عرف فاذا لم تكن له عاقلة عاد الحكم الى
الاصل وابن الملاعنة تعقله عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون
الاب فاذا عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة
الاب في ثلاث سنين من يوم قضي لهم بالرجوع عليهم لانه تبين ان الدية
كانت واجبة عليهم لانه بالاكذاب ظهر ان النسب كان ثابتا من الاب حيث
بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر ان النسب كان ثابتا منه من الاصل فقوم
الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون بها عليهم لانهم مضطرون
في ذلك وكذا اذا مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم تؤد كتابته
حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم اديت الكتابة ترجع عاقلة الام على
عاقلة الاب لانه عند اداء بدل الكتابة يتحول ولاؤه الى قوم ابيه من وقت
ثبتت الحرية للاب وهو اخر جزء من اجزاء حياته فتبين ان قوم الاب عقلوا عنه
فيرجعون عليهم وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله وضمنت عاقلة
الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الامر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال
الامر ان كان ثبت باقراره في ثلاث سنين من يوم يقضى بها على الامر وعلى

عاقلته لأن الدية تجب مؤجلة بطريق التيسير عليهم فكذا الرجوع بها
تحقيقا للمماثلة ثم مسائل المعاقل من هذا الجنس كثيرة وأجوبتها
مختلفة والضابط الذي يرد كل جنس إلى أصله أن يقال إن حال القاتل
إن تبدل حكما بسبب حادث فانتقل ولاؤه إلى ولاء لم تنتقل جنايته عن
الأولى قضي بها أو لم يقض وذلك كولد المولاة بين حر وعبد إذا جنى ثم
أعتق الأب يجر ولاء الولد إلى قومه ولا تتحول الجناية عن عاقلة الأم قضي
بها أو لم يقض وكذا لو حفر هذا الغلام بئرا ثم أعتق أبوه ثم وقع فيها إنسان
يقضى بالدية على عاقلة الأم لأن العبرة لحالة الحفر ألا ترى أن العبد لو
حفر بئرا في الطريق فباعه مولاه ثم وقع فيها إنسان فالضمان على البائع
ولو أعتقه مولاه بعد الحفر ولم يبعه ثم وقع فيها إنسان كان الضمان على
المولى لما ذكرنا ومن نظيره حربي أسلم ووالى رجلا فجنى ثم أعتق أبوه جر ولاءه
لأن ولاء العتاقة أقوى وجنايته على عاقلة من والاه لأن العبرة لوقت
الجناية وتحول الولاء بسبب حادث فلا يعتبر في حق تلك الجناية فلا تتبدل
وإن لم يتبدل حال القاتل ولكن ظهرت حالة خفية فيه تحولت الجناية
إلى الأخرى وقع القضاء بها أو لم يقع وذلك كمسألة دعوة ولد الملاعنة وولد
المكاتب إذا مات المكاتب عن وفاء وأمثالهما من جنس الجناية ولو لم يتبدل
حال الجاني ولم يظهر فيه الحالة الخفية ولكن العاقلة تبدلت كان
الاعتبار في ذلك لوقت القضاء لا غير فإن قضي بها على الأولى لم ينتقل
إلى الثانية وإلا قضي بها على الثانية وذلك مثل أن يكون من ديوان
أهل الكوفة ثم جعل في ديوان أهل البصرة وإن لم يكن فيه شيء مما ذكرنا ولكن
لحق العاقلة زيادة أو نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده
إلا فيما سبق أداؤه فهذا حكم هذا الأصل ومن تأمل فيه أمكنه تخريج المسائل
ورد كل واقعة من النظائر والأضداد إلى أصلها والله الهادي إلى الرشاد
وهو الموفق للعباد بشرح صدورهم للسداد **كتاب**
الوصايا الإيصاء لغة طلب شيء من غيره ليفعله على غيب منه حال حياته
وبعد وفاته وفي الشرع ما ذكره في المختصر فقال الوصية تمليك مضاف
إلى ما بعد الموت يعني بطريق التبرع سواء كان عينا أو منفعة **قال** وهي
مستحبة أي الوصية مستحبة هذا إذا لم يكن عليه حق مستحق لله وإن
كان عليه حق مستحق لله كالزكاة أو الصيام أو الحج أو الصلاة التي فرط
فيها فهي واجبة والقياس يأبى جوازها لأنها تمليك مضاف إلى حال زوال

الملك

الملك ولو أضافه إلى حال قيامه بأن قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا
أولى إلا أن الشارع أجازها لحاجة الناس إليها لأن الإنسان مغرور
بأمله مقصر في عمله فإذا عرض له عارض وخاف الهلاك يحتاج إلى تلافي ما
فاته من التقصير بماله على وجه لو تحقق ما كان يخافه يحصل مقصوده المآلي ولو
اتسع الوقت وأحوجه إلى الانتفاع به صرفه في حاجته الحالي فشرعها الشارع
تمكينا منه جل وعلا من العمل الصالح وقضاء لحاجته عند احتياجه إلى تحصيل
المصالح ومثله الإجارة لا تجوز قياسا لما فيها من إضافة تمليك المنافع إلى ما
يستقبل من الزمان وأجازها الشارع للضرورة وقد يبقى الملك بعد الموت
باعتبار الحاجة كما بقي في قدر التجهيز والدين وقد نطق بها الكتاب وهو
قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين والسنة وهو قوله عليه السلام
إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم
زيادة في أعمالكم وعليه إجماع الأمة ثم تصح الوصية للأجنبي بالثلث من غير
إجازة الوارث ولا يجوز بما زاد على الثلث لما روي عن سعد بن أبي وقاص أنه قال
جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني من وجع اشتد بي فقلت يا رسول
الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي أفأتصدق
بثلثي مالي قال لا قال قلت فالشطر يا رسول الله قال لا قال فالثلث قال
الثلث والثلث كثير أو كبير إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم
عالة يتكففون الناس ولأن حق الورثة تعلق بماله لانعقاد سبب الزوال
إليهم وهو استغناؤه عن المال إلا أن الشرع لم يظهره في حق الأجانب بقدر الثلث
ليتدارك تقصيره وأظهره في حق الورثة لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم
تحرزا عما يتفق لهم من التأذي بالإيثار وقد جاء في الحديث أنه عليه السلام
قال الحيف في الوصية من أكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية
للوارث **قال** رحمه الله ولا تصح بما زاد على الثلث ولا لقاتله ووارثه
إن لم تجز الورثة أما الأول فلما بينا وأما الثاني فلقوله عليه السلام
لا وصية لقاتل وهو بإطلاقه يتناول القاتل مباشرة عمدا كان أو خطأ
بخلاف التسبيب لأن المتسبب ليس بقاتل حقيقة فلا يتناوله ولأنه
استعجل ما أخره الله فيحرم الوصية كالميراث سواء أوصى له قبل القتل ثم
قتله أو أوصى له بعد الجرح لإطلاق ما روينا وأما الثالث فلقوله عليه
السلام إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث ولأن البعض يتأذى
بإيثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولأنه حيف بالحديث الذي رويناه
ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لأنه تمليك مضاف

إلا بما بعد الموت فيعتبر وقت التمليك حتى لو أوصى لأخيه وهو وارث ثم ولد له
ابن صحت الوصية للأخ وعكسه لو أوصى لأخيه وله ابن ثم مات الابن قبل
موت الموصي تبطل الوصية للأخ لما ذكرنا والهبة والصدقة من المريض
لوارثه في هذا نظير الوصية لأنه وصية حكما حتى يعتبر من الثلث وإقرار
المريض للوارث على عكسه فيعتبر كونه وارثا أو غير وارث عند الإقرار لأنه
تصرف في الحال فيعتبر حاله في ذلك الوقت حتى لو أقر لغيره وهو ليس بوارث
له جاز الإقرار له وإن صار وارثا له بعد ذلك ولكن شرطه أن يكون
وارثا بسبب حادث بعد الإقرار حتى لو أقر لابنه وهو عبد ثم أعتق قبل
موت الأب جاز إقراره لأن إرثه بسبب حادث بعد الإقرار وهو الحرية
ولأن إقراره لولاه وهو أجنبي عنه وكذا لو أقر لأجنبية ثم تزوجها لا
يبطل إقراره لها وأما إذا ورث بسبب كان قائما عند الإقرار لا يصح كما
لو أقر لأخيه المحجوب بابنه ثم مات ابنه وقوله إن لم تجزه الورثة راجع إلى
الثلاثة المذكورة الوصية بما زاد على الثلث وللقاتل وللوارث لأن
الامتناع في الكل لحقهم فتجوز بإجازتهم ألا ترى إلى ما يروى عن ابن عباس
رضي الله عنهما أنه عليه السلام قال لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء
الورثة وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه عليه السلام قال لا وصية
لوارث إلا أن يجيزها الورثة ويشترط أن يكون المجيز من أهل التبرع بأن
يكون بالغا عاقلا وإن أجاز البعض دون البعض يجوز على المجيز بقدر حصته
دون غيره لولايته على نفسه لا على غيره ولا معتبر بإجازتهم في حال حياته
قبل ثبوت الحق إذ الحق يثبت لهم بالموت وكان لهم أن يرجعوا عن الإجازة
بعد موت الموصي ويردوا تلك الإجازة لأنها وقعت ساقطة لعدم مصادفتها
المحل وكل ذلك ساقط في نفسه يضمحل ويتلاشى فكان لهم أن يردوه بعد
موت المورث ولا يقال كيف يكون تلك الإجازة ساقطة مع ثبوت حق
الورثة في ماله من أول المرض بدليل منعه من التصرف لحقهم لكن ذلك
الثبوت على سبيل التوقف فإذا مات ظهر أن حقهم كان ثابتا من أول المرض
وأن الإجازة صادفت محلها استنادا حقهم إلى أول المرض فصار كإجازتهم
بعد موته لأنا نقول الاستناد إنما يظهر في حق القائم فإجازتهم حين وقعت
في حياته وقعت باطلة وما وقع باطلا لا يكون قائما بنفسه فلا يظهر
في حقه الاستناد ولأن حقيقة الملك للورثة يثبت عند الموت وقبله
يثبت لهم مجرد الحق فلو استند من كل وجه لانقلب الحق حقيقة قبل موته
وهذا لا يتصور لوجود المانع وهو ملك المورث حقيقة فإذا لم يتصور

بقي

بقي حقا على حاله لا حقيقة والرضا ببطلان ذلك الحق لا يكون رضا
ببطلان حقيقة الملك الذي يحدث لهم بعد موته بخلاف ما إذا أجازوها
بعد موته حيث لا يكون لهم أن يرجعوا عنه لأنها وقعت بعد ثبوت الملك
حقيقة فيلزم ثم إذا صحت الإجازة بعد موته يتملكه المجاز له من قبل
الموصي عندنا حتى يجبر الوارث على التسليم ولو أعتق عبدا في مرضه ولا مال
له غيره وأجازت الورثة العتق كان الولاء كله للميت ولو كان الوارث
تزوج جارية المورث ولا مال له غيرها فأوصى بها لغيره فأجاز الوارث
وهو الزوج الوصية لا يبطل نكاحه وقال الشافعي رحمه الله يملك الموصى
له من جهة المجيز حتى لا يجبر على التسليم عنده ويكون له ثلثا الولاء في مسألة
العتق ويفسد النكاح لأن الميت لا حق له إلا في الثلث ولهذا لا ينفذ
وصيته بما زاد على الثلث ويبطلها الوارث فيكون الزائد على الثلث
ملكا للوارث حقيقة فإذا أجاز صار مملكا من جهته ضرورة ولنا أن
الوصية صدرت من الموصي وصادفت ملكه لا الورثة لأن جميع ماله
مملوك له وقت الوصية وبعد الموت وهو باق على حكم ملكه ولهذا يبدأ
بحوائجه ولا يملك الوارث إلا ما فضل عن حاجته لتجهيزه وقضاء ديونه
ولا يملك ما كان مشغولا بحاجته من ماله فإذا أوصى صار مشغولا بها لكن
للورثة نقضها فيما زاد على الثلث لما فيه من إبطال حقهم فإذا أجازوا
الوصية ظهر أنه لم يكن منتقلا إلى ملكهم وسقط حقهم ونفذ العقد [illegible]
كالمرتهن إذا أجاز بيع الراهن ولا يقال لو كان الوارث مريضا فأجاز
يعتبر من ثلثه فدل أنه تمليك منه لأنا نقول إسقاط الحق يعتبر من الثلث
كإجازته العتق والبيع الذي فيه محاباة وليس بتمليك من جهته فكذا
هذا وثمرة الخلاف تظهر فيما ذكرنا وفي تملك الموصى له قبل القبض وعنده
لا يتملك وفي مشاع يحتمل القسمة حيث يجوز الإجازة فيه عندنا وعنده
لا يجوز وقال أبو يوسف الوصية للقاتل لا تجوز بإجازة الورثة لأن
امتناعها للجناية وهي باقية ولهما أن امتناعها لحق الورثة لأن نفع بطلانها
يعود إليهم كنفع بطلان الوصية للوارث ولأنهم لا يرضونها للقاتل
كما لا يرضونها لأحدهم **قال** ويوصي المسلم للذمي وبالعكس أي يجوز
أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم فالأول لقوله تعالى لا ينهاكم الله
الآية والثاني لأنهم بعقد الذمة التحقوا بالمسلمين في المعاملات ولهذا جاز
التبرع المنجز في حال الحياة من الجانبين فكذا المضاف إلى ما بعد الممات
وفي الجامع الصغير الوصية لأهل الحرب باطلة لقوله تعالى إنما ينهاكم الله

الله من الذين قاتلوكم في الدين الاية وقال في النهاية ذكر في السير الكبير
ما يدل على جواز الوصية لهم ثم قال ووجه التوفيق انه لا ينبغي ان يوصي
لهم وان فعل ثبت الملك لهم لانهم من اهل الملك والمستامن كالذمي في حق الوصية
لانه له ان يملكه المال حال حياته فكذا مضافا الى ما بعد مماته **قال**
وقبولها بعد موته ويبطل ردها وقبولها في حياته اي قبول الوصية
معتبر بعد موت الموصي لان اوان ثبوت حكمها بعد الموت فلا يعتبر قبوله ولا
رده قبله كما لا يعتبر ان قبل عقد الوصية فصار كما اذا قال لامراته انت
طالق على الف درهم غدا فان ردها وقبولها باطل قبل مجيء الغد لما
ذكرنا وقال زفر رحمه الله اذا رد الوصية في حال حياة الموصي لم يجز قبوله
بعد موته لان ايجابه كان في حياته وقد رده فبطل والحجة عليه ما بينا
قال وندب التنقيص من الثلث اي يستحب ان يوصي باقل من الثلث
سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله
عليهم بخلاف ما اذا استكمل الثلث لانه استوفى حقه على التمام فيفوته الصلة
على القريب والى هذا اشار ابو بكر وعمر رضي الله عنهما بقولهما لان يوصي بالخمس
احب الينا من ان يوصي بالربع ولان يوصي بالربع احب الينا من ان يوصي
بالثلث وترك الوصية افضل اذا كانت الورثة فقراء لا يستغنون بما يرثون
منه لما فيه من الصلة والصدقة على القريب وقد قال عليه السلام افضل
الصدقة على ذي الرحم الكاشح وقال عليه السلام ان تدع ورثتك اغنياء
خير لك الحديث ولان فيه رعاية الجانبين الفقر والقرابة والوصية باقل
من الثلث اولى من تركها اذا كانت الورثة اغنياء او يستغنون بماله لانه
جمع بين الصدقة على الاجنبي والهبة من القريب وقيل الاول اولى لانه
يبتغي بها وجه الله تعالى وبالهبة رضاهم وقيل يخير لان كل واحد منهما يشتمل
على فضيلة وهو الصدقة او الصلة فكان له ان يفعل احدهما ايهما
شاء او يجمع بينهما **قال** رحمه الله وملك بقبوله اي الموصى له يملك بالقبول
وقال الشافعي وزفر يملك بدون القبول لانها خلافة فلا يحتاج
فيها الى القبول كالميراث ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا
لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه به ولا يملك احد اثبات الملك لغيره
بدون اختياره بخلاف الميراث لانها خلافة حتى يثبت هذه الاحكام فيثبت
جبرا من الشارع من غير قبول لولايته عليه ولانه لو ثبت الملك بدون
قبوله لتضرر به بان اوصى له بعبد اعمى او دنان مكسرة او بزبل مجتمع في
داره فانه يجب عليه نفقة العبد ونقل المكسر والزبل تفريغا للملك

الغير

الغير عن ملكه **قال** الا ان يموت الموصى له بعد موت الموصي قبل قبوله
فانه يملكه بدون القبول وهذا استحسان والقياس ان تبطل الوصية
لما بينا ان احدا لا يقدر على اثبات الملك بدون اختياره فصار كموت المشتري
قبل القبول بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان ان الوصية من جانب
الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما تتوقف لحق الموصى
له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري او البائع
ثم مات من له الخيار قبل الاجازة وكذا اذا اوصى للجنين يدخل في ملكه
من غير قبول استحسانا لعدم من يلي عليه حتى يقبل عنه **قال** ولا
تصح وصية المديون ان كان الدين محيطا بماله لان الدين مقدم على الوصية
لانه اهم لكونه فرضا والوصية بغير الواجب تبرع وبالواجب وان كان فرضا
لكن حق العبد مقدم وحق الشرع من الصلاة وغيرها تسقط بالموت على ما
عرف في موضعه فتكون الوصية به كالتبرع وقال علي رضي الله عنه انكم
تقرؤن الوصية قبل الدين وان رسول الله صلى الله عليه وسلم بدا بالدين
قال ولا الصبي وقال الشافعي رحمه الله تصح وصية الصبي اذا
كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية يافع وهو الذي راهق
الحلم ولان فيه نظرا له بتحصيل التقرب الى الله تعالى ولو لم ينفذ يبقى
ملكا لغيره ولا نظر له فيه وهذا لان المنع من التبرع حال الحياة للنظر له
حتى ينتفع بماله وبعد الموت ينعكس النظر فينفذ ولان الوصية اخت الميراث
والصبي لا يحرم الارث عنه بعد موته كالبالغ فكذا في الوصية ولنا انها تبرع
فلا تصح كالهبة والصدقة وهذا لان اعتبار عقله في النفع والضرر
باعتبار اوضاع التصرفات لا باعتبار ما يتفق بحكم الحال الا ترى ان طلاقه
لا يقع وان تضمن نفعا في بعض الاحوال ولان قوله غير ملزم وتصحيح وصيته
يؤدي الى القول بان قوله ملزم والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالبلوغ
فسمي يافعا مجازا ولهذا لم يستفسر عمر رضي الله عنه ان وصيته كانت في
القرب او غيرها ويحتمل ان وصيته كانت في تجهيزه وذلك جائز عندنا وبنحوه
يحرز الثواب بالترك على ورثته فلا يتعين فيها النفع وكذا اذا اوصى
ثم مات بعد الادراك لم يجز تلك الوصية لعدم الاهلية وقت المباشرة
وكذا لا اذا قال اذا ادركت فثلث مالي لفلان وصية لانه ليس باهل
لقول ملزم فلا يملكه تنجيزا ولا تعليقا كما في الطلاق والعتاق بخلاف
العبد والمكاتب لان اهليتهما كاملة وانما منعا لحق المولى فتصح اضافتهما
الى حال سقوط حق المولى بان يقول كل واحد منهما اذا عتقت فثلث مالي

وصية لفلان او للمساكين **قال** والمكاتب اي لا تصح وصية المكاتب لان
الوصية تبرع وهو ليس من اهله ثم اعلم ان وصية المكاتب ثلاثة اقسام قسم
باطل بالاجماع وهو الوصية بعين من اعيان ماله لانه لا ملك له حقيقة
فلا يصح كمن اوصى بعتق عبد غيره ثم ملكه ولو اجازها بعد العتق جازت على
ان الاجازة انشاء للوصية لان الوصية تصح بلفظة الاجازة بخلاف ما
اذا اعتق عبده ثم اجاز العتق بعد الحرية حيث لا يجوز لان العتق لا يجوز
بلفظ الاجازة وقسم يجوز بالاجماع وهو ما اذا اضاف الوصية الى ما يملكه بعد
العتق بان قال اذا اعتقت فثلث مالي وصية لفلان او اوصيت بثلث مالي
له حتى لو عتق قبل الموت باداء بدل الكتابة او غيره ثم مات كان للموصى له ثلث
ماله وان لم يعتق حتى مات عاجزا فبطلت الوصية لان الملك له حقيقة
لم توجد اذ لم تثبت الحرية له في حياته مطلقا وانما يثبت بطريق الضرورة
فلا يظهر في حق نفاذ الوصية وقسم مختلف فيه وهو ما اذا قال اوصيت
بثلث مالي لفلان ثم عتق فالوصية باطلة عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
جائزة وهذا بناء على ان للمكاتب نوعي ملك حقيقي وهو ما بعد العتق ومجازي
وهو ما قبل العتق فعند ابي حنيفة رحمه الله ينصرف الى المجازي لانه هو
الظاهر لان الظاهر بقاء ما كان على ما كان والآخر ليس بموجود والظاهر بقاؤه
على العدم فلا ينصرف اليه الا للفظ وعندهما ينصرف الى الحقيقي وهو ما يملكه
بعد الحرية المطلقة لانه القابل لهذا الحكم وهو الوصية تصحيحا لتصرفه
او يتناول النوعين فيصح فيما يقبل ولا يصح فيما لا يقبل كما اذا قال
الحر كل عبد اشتريه فهو حر ينصرف الى ما يشتريه لنفسه ولغيره فيعتق ما
يشتريه لنفسه ولا يعتق الآخر وتنحل به اليمين حتى اذا اشتراه بعد ذلك
لا يعتق هكذا ذكر المسألة في شرح الزيادات **قال** العبد الفقير الى
الله تعالى ينبغي ان تكون هذه المسألة مثل مسألة اليمين المذكورة في باب
الحنث في ملك المكاتب والماذون من ايمان الجامع الكبير وهي ما اذا قال
احدهما اذا اعتقت فكل مملوك املكه فهو حر فيصح ويعتق ما املكه عبدا
بعد العتق ولو قال كل مملوك املكه فهو حر فاعتق ثم ملك عبدا لا يعتق
لان قوله املكه يتناول الحال وهو غير قابل له ولو قال كل مملوك املكه
فيما استقبل فهو حر يعتق عندهما ما يملكه بعد العتق لانه ينصرف الى الملك
القابل له وهو ما بعد الحرية ولا يعتق عند ابي حنيفة لانه ينصرف الى الملك
الظاهر وهو ما قبل العتق كما اذا قال لمنكوحة نكاحا فاسدا ان
طلقتك فعبدي حر ينصرف الى الطلاق في هذا النكاح الفاسد لانه

هو الظاهر جعل الخلاف في هذه المسألة فيما اذا قال فكل مملوك املكه
فيما استقبل وفي مسألة الوصية جعله من غير ذكر الاستقبال وهذا ظاهر
بناء فيض ويحتمل ان يكون لكل واحد منهم روايتان في المسألتين فلا فرق
بينهما من حيث الوضع وكيف يختلفان في الجواب **قال** وتصح الوصية
للحمل وبه اذا ولدت لاقل مدته من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية
استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين يصلح خليفة
في الارث فكذا في الوصية اذ هي اخته غير انها ترتد بالرد لما فيها من معنى
التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه حتى يملكه شيئا
ولا يقال الوصية شرطها القبول والجنين ليس من اهله فكيف تصح لانا نقول
الوصية تشبه الهبة وتشبه الميراث فلشبهها بالهبة يشترط القبول اذا
امكن ولشبهها بالميراث يسقط اذا لم يمكن عملا بالشبهين ولهذا يسقط بموت
الموصى له قبل القبول واما الثاني وهو ما اذا اوصى بالحمل فلانه يجري
فيه الارث فيجري فيه الوصية ايضا لانها اخته ثم شرط في الهداية ان يولد
لاقل من ستة اشهر فيهما مثل ما ذكر في هذا المختصر وقال في النهاية تجوز الوصية
للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر ابتداء من وقت موت الموصي لا من وقت
الوصية من غير تفصيل وذكر في الكافي ما يدل على انه اذا اوصى له يعتبر من
وقت الوصية وان اوصى به يعتبر من وقت الموت **قال** ولا تصح الهبة
له اي للحمل لان الهبة من شرطها القبول والقبض ولا يتصور ذلك من الجنين
ولا يلي عليه احد حتى يقبض عنه قبضا ولا يتم **قال** وان اوصى بامة
الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان الحمل لا يتناوله اسم الجارية لفظا وانما
يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ولان الحمل يجوز
افراده بالوصية فكذا استثناؤه منها لان كل ما جاز ايراد العقد عليه جاز
اخراجه من العقد على ما مر في البيوع ويكون الاستثناء منقطعا بمعنى لكن
اذ لم يدخل تحت اللفظ **قال** وله الرجوع عن الوصية قولا وفعلا
بان باع او وهب او قطع الثوب او ذبح الشاة لان الوصية تبرع فجاز الرجوع
عنها مطلقا كما في الهبة قبل القبض ولان قبول الوصية بعد الموت فجاز
الرجوع عنها قبل القبول كما في سائر العقود كالبيع وغيره ثم الرجوع قد يثبت صريحا
بان يقول رجعت عن الوصية وهو المراد بقوله وله الرجوع عن الوصية قولا
وقد يثبت دلالة بان يفعل بالشيء الموصى به فعلا يدل على الرجوع وهو المراد
بقوله وفعلا بان باع او وهب او قطع الثوب او ذبح الشاة ونظيره البيع بخيار
الشرط او الشراء به فاذا الفسخ او الاجازة يكون بالصريح وبالدلالة ثم الاصل

فيه ان كل فعل لو فعله الانسان في ملك غيره يغير اذ بما لكه ينقطع به حق
المالك فاذا فعله الموصي بالعين الموصى بها كان رجوعا كما اذا اتخذ الحديد
سيفا او الصفر آنية لانه لما اثر في قطع ملك المالك فلان يؤثر في المنع اولى
ولنا كل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليمها الا به فهو رجوع
اذا فعله فيه وكذا كل تصرف اوجب زوال الملك فهو رجوع وكذا اذا خلطه
بغيره بحيث لا يمكن تمييزه فاذا ثبت هذا فنقول اذا اوصى بثوب ثم قطعه
وخاطه او بقطن ثم غزله او بغزل فنسجه ينقطع به حق المالك اذا وجد ذلك
من الغاصب فتبطل به الوصية لانه تبدل اسمه وصار شيئا آخر غير الموصى
به وكذا لو اوصى بسويق فلته بسمن او بالعكس او بدار فبنى فيها او بقطن فحشا
به او بطانة فبطن بها او بظهارة فظهر بها بطلت الوصية لانه لا يمكن
تسليم الموصى به وحده للاختلاط بغيره وكذا لو باع العين الموصى بها او
وهبها بطلت الوصية لزوال ملكه عنه حتى لو ملكها بالشرا او بالرجوع في
الهبة لا تعود الوصية وذبح الشاة الموصى بها استهلاك فتبطل به الوصية
بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها وغسل الثوب الموصى به حيث
لا يكون رجوعا لانه تصرف في التبع ومن اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله
عادة فكان تقريرا معنى ولو اوصى برطب فصار تمرا لا تبطل الوصية
استحسانا بخلاف ما اذا اوصى بعنب فصار زبيبا والفرق ان الرطب
والتمر جنس واحد ولهذا جاز استيفا احدهما مكان الآخر في السلم وبخلاف
ما اذا اوصى بالكفري فصار رطبا حيث تبطل الوصية للتبدل وكذا
اذا اوصى ببيض فصار فرخا ولو كان التغير في هذه المسائل بعد موت الموصي
لا تبطل الوصية سوا كان قبل القبول او بعده **قال** والجحود لا يكون
رجوعا كذا ذكره محمد في الجامع الكبير وذكر في المبسوط انه رجوع قيل ما
ذكر في المبسوط محمول على ان الرجوع كان في حضرة الموصى له وما ذكر في
الجامع محمول على ان الجحود في غيبته ومنهم من قال ما ذكر في الجامع قول محمد
وما ذكر في المبسوط قول ابي يوسف وصاحب الهداية منهم ومنعوا الصحيح
لابي يوسف ان الجحود نفي في الماضي والحال فكان اقوى من الرجوع اذ هو نفي
في الحال فقط فكان اولى ان يكون رجوعا ولهذا كان جحود التوكيل عزلا
وجحود المتبايعين البيع اقالة ولمحمد ان الجحود نفي في الماضي والانتفا في
الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الماضي كان ثابتا في الحال والجحود نفي
فيهما لان حقيقته نفي في الماضي ويلزم منه الانتفا في الحال ان كان صادقا
فلا يكون احدهما اصلا والآخر تبعا لاختلاف حقيقتهما ولهذا لا يكون جحوده

الكلام

الكلام طلاقا ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام او ربا لا يكون
رجوعا لان الوصف يستدعي بقا الاصل بخلاف ما اذا قال فهي باطلة لانه
الذاهب المتلاشي ولو قال اخرتها لا يكون رجوعا لان التاخير ليس بسقوط
كتاخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط ولو قال العبد الذي
اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة
بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ
صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول ويكون
وصية للوارث وحكمه انه يجوز ان اجازته الورثة ولو كان فلان الآخر ميتا
حين اوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة
كونها للثاني ولم يكن فبقي الاول على حاله ولو كان فلان حيا حين قال ذلك
حتى ثم مات قبل موت الموصي فهو للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع
والثانية بالموت والله اعلم

باب الوصية بثلث المال

اوصى لهذا بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز فثلثه لهما لانه اذا
لم تجز الورثة الوصيتين كان الثلث بينهما لان ثلث المال يضيق عن حقهما
اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة وقد تساويا في سبب الاستحقاق
فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون الثلث بينهما نصفين
لاستوا حقهما ولم يوجد ما يدل على الرجوع عن الاول بخلاف ما اذا قال
العبد الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان حيث يكون العبد كله للثاني
لوجود ما يدل على الرجوع عن الاول على ما مر **قال** وان اوصى لآخر بسدس
ماله فالثلث بينهما اثلاثا معناه مع الوصية الاولى وهي الوصية
بثلث ماله لان كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح شرعا وضاق الثلث عن
حقهما اذ لا مزيد للوصية على الثلث فيقتسمان الثلث على قدر حقهما
فيجعل السدس سهما لانه الاقل فصار الثلث ثلاثة اسهم لصاحب السدس سهم
ولصاحب الثلث سهمان **قال** وان اوصى لاحدهما بجميع ماله وللآخر
بثلث ماله ولم تجز فثلثه بينهما نصفان وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
ولا يضرب الموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم
المرسلة عنده وعندهما الثلث بينهما ارباعا ثلاثة اسهم لصاحب الجميع وسهم لصاحب الثلث وذلك لانه
يضرب الموصى له بما زاد على الثلث لان الموصي قصد
شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع
من التفضيل فيثبت كما في السعاية واخواتها ولابي حنيفة رحمه الله ان
الوصية بما زاد على الثلث وقعت بغير مشروع عند عدم الاجازة

الورثة اذ لا يتصور نفاذها بحال فيبطل اصلا ولا يعتبر الباطل والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فيبطل ببطلان الاستحقاق كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع تبطل ببطلان البيع بخلاف الوصية بالدراهم المرسلة واخيتها لانها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بان كان في المال سعة فيعتبر فيها التفاضل فيضرب كل واحد منهم الى جميع حقه لكونه مشروعا ولاحتمال ان يتصل كل واحد منهم الى جميع حقه بان يظهر له مال فيخرج الكل من الثلث وقال في الهداية وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته قيمتها تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق يتعلق بعين التركة بدليل انها لو هلكت واستفاد مالا اخر تبطل الوصية وفي الدراهم المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة وهذا ينتقض بالمحاباة فانها تعلقت بالعين مثله ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث **قال** وبنصيب ابنه تبطل وبمثل نصيب ابنه صح اي الوصية بنصيب ابنه باطلة والوصية بمثل نصيب ابنه صحيحة وقال زفر رحمه الله كلاهما صحيحة لان الجميع ماله في الحال وذكر نصيب الابن للتقدير به ولانه يجوز ان يحذف المضاف ويقام المضاف اليه مقامه كقوله اوصيت بنصيب ابني اي بمثل نصيبه ومثله سائغ لغة قال الله تعالى واسئل القرية اي اهلها ولنا ان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت فكان وصية بمال الغير بخلاف ما اذا اوصى بمثل نصيب ابنه لان مثل الشيء غيره وانما يجوز حذف المضاف اذا كان ما يدل عليه كما في الاية لان السؤال يدل على المسئول وهم الاهل ولم يوجد هنا ما يدل على المحذوف فلا يجوز **قال** فان كان له ابنان فله الثلث والقياس ان يكون له النصف عند اجازة الورثة لانه اوصى له بمثل نصيب ابنه ونصيب كل واحد منهما النصف وجه الاول انه قصد ان يجعله مثل ابنه لا ان يزيد نصيبه على نصيب ابنه وذلك بان يجعل الموصى له كاحدهم **قال** وبسهم او جزء من ماله فالبيان الى الورثة اي اذا اوصى بسهم او بجزء من ماله كان بيان ذلك الى الورثة فيقال لهم اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير والوصية لا تمتنع بالجهالة والورثة قائمون مقام الموصي فكان اليهم بيانه سوى هنا بين السهم والجزء وهو اختيار بعض المشايخ والمروي عن ابي حنيفة ان السهم عبارة عن السدس نقل ذلك عن ابن مسعود رضي الله عنه وعن اياس بن معاوية وقال في الجامع الصغير له اخس سهام الورثة الا ان يكون اقل من السدس فحينئذ يعطى له السدس وقال في الاصل له اخس سهام الورثة الا ان يكون

اكثر من السدس فلا يزاد عليه فجعل السدس لمنع النقصان في رواية الجامع الصغير ولا يمنع الزيادة وجعله لمنع الزيادة في الاصل ولا يمنع النقصان وذكر في الهداية ما يمنع الزيادة والنقصان ثم قال في تعليله لانه يذكر ويراد به السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى الاقل منهما لانه المتيقن الا اذا زاد على السدس فيرد اليه لانه لا يزاد على السدس وهذا انما يمنع الزيادة فقط وقال ابو يوسف ومحمد له اخس سهام الورثة لان السهم يراد به نصيب احد الورثة عرفا لا سيما في الوصية فينصرف اليه وهذا في عرفهم واما في عرفنا فهو الذي ذكرناه اولا **قال** قال سدس مالي لفلان ثم قال له ثلث مالي له ثلثه لان الثلث متضمن للسدس فيدخل فيه فلا ينافيه وله الاكثر من الثلث **قال** وان قال سدس مالي لفلان ثم قال له سدس مالي له السدس يعني سدسا واحدا سواء كان ذلك في مجلس واحد او في مجلسين لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرف اذا اعيد معرفا كان الثاني عين الاول ولهذا قال ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا لن يغلب عسر يسرين **قال** رحمه الله وان اوصى بثلث دراهمه او غنمه وهلك ثلثاه له ما بقي اي اذا اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه وهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي من الدراهم او الغنم وقال زفر له ثلث ما بقي من ذلك النوع لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يهلك ما هلك منه على الشركة ويبقى الباقي كذلك وصار كما اذا كانت الموصى به اجناسا مختلفة ولنا ان في بعضهم يمكن جمع حق احدهم في البعض المتعين في الجنس الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعناها في البعض الباقي فصار كما اذا اوصى بدرهم او بعشرة دراهم او بشيء من الغنم فهلك ذلك الجنس كله الا القدر المسمى فانه يأخذه اذا كان يخرج من ثلث بقية ماله بخلاف الاجناس المختلفة فانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما والمال المشترك انما يهلك الهالك على الشركة اذا لم يستوي الحقان اما اذا كان احدهما مقدما على الاخر فالهالك يصرف الى المؤخر كما اذا كان في التركة ديون ووصايا وورثة ثم هلك بعض التركة فان الهلاك يصرف الى المؤخر وهو الوصية والارث لان الدين مقدم عليهما وهنا الوصية مقدمة على الارث لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين فيصرف الهلاك الى الارث تقديما للوصية على وضعها ينقض حق الورثة عن الثلثين من جميع التركة اذ لم يسلم للموصى له شيء حتى يسلم للورثة ضعف ذلك وكذا اذا

هلك البعض في المضاربة يصرف الهلاك الى الربح لان رأس المال يتقدم
على ما عرف في موضعه **قال** ولو رقيقا او ثيابا او دورا له ثلث ما بقي
اي اذا اوصى بثلث رقيقه او ثيابه او بثلث دوره فهلك ثلثا ذلك
وبقي الثلث وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله كان له ثلث الباقي كما قال
زفر لان الجنس مختلف فلا يمكن جمعه بخلاف الاول على ما بينا ولو هذا
اذا كانت الثياب من اجناس مختلفة وان كانت من جنس واحد فهي بمنزلة
الدراهم وكذا الكيلي والموزون كالدراهم لما بينا وقيل هذا قول ابي
حنيفة في الرقيق والدور لانه لا يرى الجبر على القسمة فيهما وقيل
هو قول الكل لان الجمع انما يتحقق بقضاء القاضي عن اجتهاد عندهما ولا
يتحقق بدون القضاء بل يتعذر ولا قضاء هنا فلم يتحقق الجمع اجماعا والاشبه
ان يكون على الخلاف لان كل ما امكن جمعه جبرا بالقضاء امكن جمعه تقديرا
وهذا اشبه الفقه في هذا الباب الا ترى انه امكن الجمع بدون القضاء
عندهما فيما اذا كانت الوصية بثلث الدراهم او الغنم على ما بينا **قال**
وبالف وله عين ودين فان خرج من ثلث العين دفع اليه اي اذا اوصى بالف
درهم وله عين ودين فان خرج الالف من العين دفع اليه لانه امكن ايفاء حق كل ذي
حق من غير بخس باحد فيصار اليه **قال** والا فثلث العين وكلما خرج شيء من
الدين له ثلثه حتى يستوفي الالف اي ان لم يخرج الالف من ثلث العين دفع الى
الموصى له ثلث العين ثم كلما خرج شيء من الدين دفع اليه ثلثه حتى يستوفي حقه
وهو الالف لان الموصى له شريك الوارث في الحقيقة الا ترى انه لا يسلم له
شيء حتى يسلم للورثة ضعفه وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لان
للعين مزية على الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال ولهذا لو حلف
انه لا مال له وله دين على الناس لا يحنث وانما يصير مالا عند الاستيفاء وما
تناولته الوصية فيعتدل النظر بقسمة كل واحد من الدين والعين اثلاثا
فيعطى ثلثه اليه **قال** وبثلثه لزيد وعمرو وهو ميت لزيد كله اي اذا اوصى
لزيد وعمرو بثلث ماله وعمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل
للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو اهل لها كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن
ابي يوسف انه اذا لم يعلم بموته كان له نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة
لعمرو فلم يرض للحي الا بنصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية لعمرو
لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي هذا اذا كان المزاحم معدوما من الاصل
اما اذا خرج المزاحم بعد صحة الايجاب يخرج بحصته ولا يسلم للآخر كل الثلث
لان الوصية صحت لهما وثبتت الشركة بينهما فبطلان حق احدهما بعد ذلك

لا يوجب زيادة على حق الآخر مثاله اذا قال ثلث مالي لفلان ولفلان
ابن عبد الله ان مات وهو فقير فمات الموصي وفلان بن عبد الله غني كان
لفلان نصف الثلث وكذا لو قال ثلث مالي لفلان وفلان فمات احدهما
قبل موت الموصي وكذا لو قال ثلث مالي لفلان ولعقب عبد الله اذ كان عقب عبد الله
في هذا البيت ولم يكن عقب عبد الله في البيت كان لفلان نصف الثلث لان
بطلان استحقاقه لفقد شرطه لا يوجب الزيادة في حق الآخر وكان الحرف
فيه انه متى دخل في الوصية ثم خرج لفقد شرطه لا يوجب الزيادة في حق
الآخر ومتى لم يدخل في الوصية لفقد الاهلية كان الكل للآخر **قال**
ولو قال بين زيد وعمرو لزيد نصفه اي اذا قال ثلث مالي بين زيد
وعمرو وهو ميت كان لزيد نصف الثلث لان كلمة بين توجب التنصيف
فلا يتكامل لعدم المزاحمة بخلاف ما اذا قال لفلان وفلان فاذا احدهما
ميت حيث يكون للحي كل الثلث لان الجملة الاولى كلام يقتضي الاختصاص
بالحكم الا ان العطف يقتضي المشاركة في الحكم المذكور والمذكور وصيته
بكل الثلث والتنصيف بحكم المزاحمة فاذا زالت المزاحمة تكامل الا ترى
ان من قال ثلث مالي لفلان وسكت كان له جميع الثلث ولو قال ثلث
مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث كله بل نصفه الا ترى الى قوله
تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم اقتضى ان يكون النصف بدليل قوله
تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم **قال** وبثلثه له ولا مال له له
ثلث ما يملك عند موته اي اذا اوصى بثلث ماله لشخص ولا مال له وقت
الوصية كان له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف
الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت سواء
اكتسبه بعد الوصية او قبله بعد ان لم يكن الموصى به عينا او نوعا معينا
واما اذا اوصى بعين او بنوع من ماله كثلث غنمه فهلكت قبل موته
تبطل الوصية لانها تعلقت بالعين فتبطل بفواتها قبل الموت حتى
لو اكتسب غنما اخر او غنما بعد ذلك لا يتعلق حق الموصى له بذلك ولو لم
يكن له غنم عند الوصية فاستفادها ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح
لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت بلفظ نوعه لان المعتبر وجوده
عند الموت لا غير ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانه
لما اضاف الشاة الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها
توجد في مطلق المال الا ترى الى قوله عليه السلام في خمس من الابل السائمة
شاة وعين الشاة لا توجد في الابل وانما توجد ماليتها فيها ولو اوصى بشاة

ولا يضيفها الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح لان المصحح اضافتها الى المال
وبدون الاضافة الى المال يعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل يصح
لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم ان مراده المالية ولو قال شاة
من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافها الى الغنم علمنا ان
مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافها الى المال
وعلى هذا يخرج كل نوع من انواع المال كالبقرة والثوب ونحوهما **قال**
وثلثه لامهات اولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين لهن ثلاثة من
خمسة وسهم للفقراء والمساكين اي اذا اوصى بثلث ماله لامهات اولاده
وللفقراء والمساكين وامهات اولاده ثلث يقسم الثلث اخماسا فلهن ثلاثة
اسهم ولكل طائفة من المساكين والفقراء سهم وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله وقال محمد يقسم اسباعا لان المذكور لفظ الجمع وادناه
في الميراث اثنان قال الله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس وقال
تعالى فان كن نساء فوق اثنتين الاية والمراد بالاثنين اثنان فكان من
كل طائفة اثنان وامهات اولاده ثلاثة فكان المجموع سبعة فيقسم
اسباعا ولهما ان اسم الجنس المحلى بالالف واللام يتناول الادنى مع احتمال
الكل كالمفرد المحلى بهما لانه يراد بهما الجنس اذا لم يكن ثم معهود قال الله تعالى
لا يحل لك النساء من بعد وقال تعالى وجعلنا من الماء كل شيء حي ولا يحتمل
ما بينهما فتعين الادنى لتعذر ارادة الكل ولهذا لو حلف لا يشتري
العبيد يحنث بالواحد فيثبت من كل فريق واحد وامهات الاولاد ثلث
فيبلغ السهام خمسة وليس فيما تلى دلالة على ما ذكر لان المذكور في الاثنين
نكرة وكلامنا في المعرفة حتى لو كان فيما نحن فيه منكرا قلنا كما قال ثم هذه
الوصية تكون لامهات اولاده اللاتي يعتقن بموته او اللاتي عتقن في حياته
ان لم يكن له امهات اولاد غيرهن فان كان له امهات اولاد عتقن في حياته
ان لم يكن له امهات اولاد غيرهن فان كان له امهات اولاد عتقن في حياته
وامهات الاولاد يعتقن بموته كانت الوصية للاتي يعتقن بموته لان الاسم
لهن في العرف واللاتي عتقن حال حيوته موال لا امهات اولاد وانما تصرف
اليهن الوصية عند عدم اولئك لعدم من يكون اولى منهن بتناول الاسم ولا يقال
ان الوصية لمملوكه بالمال لا يجوز لان العبد لا يملك شيئا وانما يجوز له
الوصية بالعتق او برقبته لكونه عتقا فوجب ان لا يجوز لامهات اولاده
اللاتي يعتقن حال حياته لانا نقول القياس ان لا يجوز الوصية لهن
لانها لو جازت لهن لكنه حال نزول العتق بهن لكون العتق والتمليك

معلقا

معلقين بالموت والعتق نزل عليهن وهن اماء فكذا تملكهن يقع وهن اماء
ولا يتصور لهن ذلك انا جوزناه استحسانا لان الوصية مضافة الى ما بعد
عتقهن لا حال حلول العتق بهن بدلالة حال الموصي لانه قصد تمليكهن
ولا يتصور ذلك الا بعد العتق فصرف اليه تصحيحا للكلام **قال** وثلثه
لزيد وللمساكين لزيد نصفه وللمساكين نصفه اي اذا اوصى بثلث ماله لزيد
والمساكين كان لزيد النصف وللمساكين النصف وهذا عندهما وعند محمد
ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين وقد بينا مأخذ كل واحد من الفريقين
ولو اوصى للمساكين كان له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعند محمد لا يصرفه
الا الى اثنين بناء على ما ذكرنا **قال** ولمائة لرجل ولمائة لاخر فقال
لاخر اشركتك معهما له ثلث كل مائة وباربعمائة له ولمائتين لاخر فقال
لاخر اشركتك معهما له نصف ما لكل منهما يعني اذا اوصى لرجل بمائة درهم
ولاخر بمائة ثم قال لاخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة ولو اوصى لرجل
باربعمائة درهم ولاخر بمائتين ثم قال لاخر قد اشركتك معهما كان له نصف
ما لكل واحد منهما لان الشركة للمساواة لغة ولهذا حمل قوله تعالى فهم
شركاء في الثلث على المساواة وقد امكن اثبات المساواة بين الكل في الاول
لاستواء المالين فيأخذ هو من كل واحد منهما ثلث المائة فيتم له ثلثا المائة
ويأخذ كل واحد منهما ثلثي المائة ولا يمكن المساواة بين الكل في الثانية
لتفاوت المالين فحملناه على مساواة الثالث مع كل واحد منهما بما سماه
له فيأخذ النصف من كل واحد من المالين ولو اوصى لرجل بجارية ولاخر بجارية
اخرى ثم قال لاخر اشركتك معهما فان كانت قيمة الجاريتين متفاوتة
كان له نصف كل واحدة منهما بالاجماع وان كانت قيمتهما على السواء فله
ثلث كل واحدة منهما عندهما وعند ابي حنيفة له نصف كل واحدة منهما بناء
على انه لا يرى قسمة الرقيق فيكونان كجنسين مختلفين وهما يريانها فصار
كالدراهم المتساوية ولو اوصى لرجل بثلث الدراهم قال لاخر اشركتك او
ادخلتك معه فالثلث بينهما لما ذكرنا **قال** وان قال لورثته
لفلان علي دين فصدقوه فانه يصدق الى الثلث وهذا استحسان والقياس
ان لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان
وقوله فصدقوه مخالف للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فيتعذر جعله
اقرارا مطلقا فلا يعتبر وصار نظير من قال كل من ادعى علي شيئا فاعطوه
فانه باطل لكونه مخالفا للشرع الا ان يقول ان رأى الوصي ان يعطيه
فحينئذ يجوز من الثلث ووجه الاستحسان انا نعلم ان قصده تقديمه على الورثة

وقد امكن تنفيذه فيصح بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل
الحق عليه دون مقداره فيسعى في تفريغ ذمته فيجعله وصية جعل
التقدير فيها الى الموصى له كانه قال لهم اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه
من مالي ما شاء وهذه معتبرة فكذا هذا فيصدق الى الثلث قال
فان اوصى بوصايا مع ذلك عزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان
للورثة وقيل لكل صدقوه فيما شئتم وما بقي من الثلث فللوصايا اي
لاصحاب الوصايا لا يشاركهم فيه صاحب الدين وانما عزل الثلث والثلثان
للورثة وقيل لكل صدقوه فيما شئتم وما بقي من الثلث فللوصايا اي
لاصحاب الوصايا لا يشاركهم فيه صاحب الدين وانما عزل الثلث والثلثان
لان الوصايا حقوق معلومة في الثلث والميراث معلوم في الثلثين وهذا
ليس بدين معلوم ولا وصية معلومة فلا يزاحم المعلوم فقدمنا عزل المعلوم
وفي الافراز فائدة اخرى وهي ان احد الفريقين قد يكون اعرف بمقدار هذا
الحق وابصر به والاخر الد واخر وربما يختلفون في الفضل اذا ادعاه
الخصم فاذا افرزنا ثلثا علمنا ان في التركة دينا شائعا في جميع التركة
فيؤمر اصحاب الوصايا والورثة ببيانه فان بينوا شيئا اخذ اصحاب
الوصايا بثلث ما اقروا به والورثة بثلثي ما اقروا به لان اقرار كل
فريق نافذ في حق نفسه فيلزمه بحصته وان ادعى المقر له الزيادة على ذلك
حلف كل فريق على العلم لانه تحليف على فعل الغير قال العبد الضعيف
الراجي عفو ربه الكريم هذا مشكل من حيث ان الورثة كانوا يصدقونه
الى الثلث ولا يلزمهم ان يصدقوه في اكثر من الثلث وههنا الزمهم ان
يصدقوه في اكثر من الثلث لان اصحاب الوصايا اخذوا الثلث على تقدير
ان يكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق في ايديهم من الثلث شيء
فوجب ان لا يلزمهم تصديقه والله اعلم قال ولاجنبي ووارثه له نصف
الوصية وبطل وصيته للوارث اي اذا اوصى لاجنبي ولوارثه كان للاجنبي
نصف الوصية وبطلت الوصية للوارث لانه اوصى بما يملك وبما لا يملك
فصح فيما يملك وبطل في الاخر بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت حيث يكون
الكل للحي لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما والوارث من اهلها
ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل
وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث
لا يصح في حق الاجنبي ايضا لان الوصية انشاء تصرف وهو تمليك مبتدأ
لنا والشركة تثبت حكما للتمليك فيصح في حق من يستحقه دون الاخر لان

بطلان

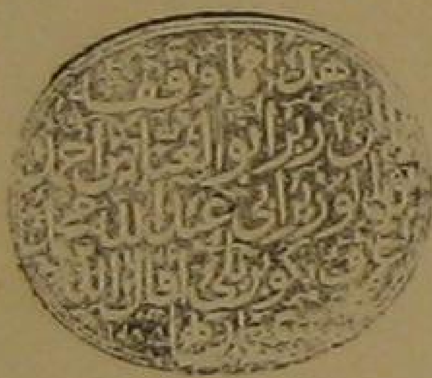
وبطلان التمليك لاحدهما لا يوجب بطلان التمليك من الاخر اما الاقرار
فاخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته
بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثبات هذا الوصف
لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث ان
يشاركه فيه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض الاجنبي شيئا ويشاركه
الوارث فيه فيبطل حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشاء حصة
احدهما ممتازة عن حصة الاخر بقاء وبطلانا قال في النهاية قال التمرتاشي
هذا اذا تصادقا اما اذا انكر الاجنبي شركة الوارث او انكر الوارث
شركة الاجنبي فانه يصح اقراره في حصة الاجنبي عند محمد لان الوارث
مقر ببطلان حقه وبطلان حق شريكه فيبطل في حقه ويثبت في نصيب
الاخر وعندهما يبطل في الكل لان حق الوارث لم يتميز عن حق الاجنبي وانما
اوجبه مشتركا بينهما فيبطل كما بينا قال وبثياب متفاوتة لثلاثة
فضاع ثوب ولم يدر اي والوارث يقول لكل هلك حقك بطلت اي
اذا اوصى بثلاثة ثياب متفاوتة جيد ووسط ورديء لثلاثة انفس
لكل واحد منهم بثوب فضاع منها ثوب ولا يدري ايها هو والوارث يجحد
ذلك بان يقول لكل واحد منهم هلك حقك او هو احدكم ولا ادري من هو
فلا ادفع اليكم شيئا بطلت الوصية لان المستحق مجهول وجهالته تمنع صحة
القضاء وتحصيل غرض الموصي فتبطل كما اذا اوصى لاحد الرجلين قال
الا ان يسلموا ما بقي اي الا ان تسلم الورثة ما بقي من الثياب فحينئذ تصح الوصية
لانها كانت صحيحة في الاصل وانما بطلت لجهالة طارئة مانعة من التسليم
فاذا سلموا الباقي زال المانع فعادت صحيحة على ما كانت فيقسم بينهم
قال فلذي الجيد ثلثاه ولذي الرديء ثلثاه ولذي الوسط ثلث
كل اي لصاحب الجيد يعطى ثلثا الثوب الجيد ولصاحب الرديء يعطى ثلثا
الثوب الرديء ولصاحب الوسط ثلث كل واحد منهما فيصيب كل واحد منهم
ثلثا ثوب لان الثوبين اذا قسم على ثلاثة اصاب كل واحد منهم الثلثان
وانما اعطي صاحب الوسط ثلث كل واحد منهما والاخران الثلثين من ثوب
واحد لان صاحب الجيد لا حق له في الرديء بيقين لانه اما ان يكون هو الرديء
الاصل او الوسط ولا حق له فيهما واحتمال ان يكون حقه في الجيد بان كان
الهالك هو الوسط او الرديء ويحتمل ان لا يكون له فيه حق بان يكون الهالك
هو الجيد وصاحب الرديء لا حق له في الجيد بيقين لانه اما ان يكون هو الجيد
الاصل او الوسط ولا حق له فيهما واحتمال ان يكون حقه في الرديء بان كان

الهالك هو الردي وصاحب الوسط يحتمل ان يكون حقه في الجيد بان كان الهالك
اجود ويحتمل ان يكون في الردي بان يكون الهالك اردى ويحتمل ان لا يكون
له فيهما حق بان كان الهالك هو الوسط فاذا كان كذلك اعطي كل واحد منهم
حقه من محل يحتمل ان يكون هو له لان التسوية بايصال حق كل واحد منهم
اليه واجبة وهم في احتمال نفاذ حقه وبطلانه سواء وفيما قلنا ايصال حق كل
واحد منهم بقدر الامكان وتحصيل غرض الموصي من التفضيل فكان متعينا
قال وببيت عين من دار مشتركة وقسم ووقع في حظه فهو للموصى له
والا مثل ذرعه معناه اذا كانت الدار مشتركة بين اثنين فاوصى احدهما ببيت
بعينه لرجل فان الدار تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى
له وان وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له نصف البيت ان وقع في نصيب
الموصي وان وقع في نصيب الآخر كان له مثل ذرع نصف البيت لانه اوصى
بملكه وبملك غيره لان الدار كلها مشتركة فتنفذ في ملكه وتتوقف الباقي
على اجازة صاحبه ثم اذا ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا
تنفذ الوصية السابقة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اصابه
بالقسمة عين البيت كان للموصى له نصفه لانه عين ما اوصى به وان وقع
في نصيب صاحبه كان له مثل نصف البيت لانه يجب تنفيذها في البدل عند
تعذر تنفيذها في عين الموصى به كالجارية الموصى بها اذا قتلت تنفذ الوصية
في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه
لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بينا في مسائل الرجوع عن
الوصية ولا تبطل بالقسمة ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة
لانه قصد الايصاء بما يمكن الانتفاع به على الكمال ظاهرا وذلك يكون بالقسمة
لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في
نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في القسمة تابع وانما المقصود
الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه ولا تبطل الوصية
اذا وقع البيت كله في نصيب شريكه ولو كانت مبادلة لبطلت كالبيع
الموصى به فعلى اعتبار الافراز صار كأن البيت ملكه من الابتداء وان وقع
في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان البيت جميعه من الذي وقع في نصيب
الموصي لانه عوضه ولان مراد الموصي من ذكر البيت تقدير به عند انا تفوت
تعين البيت اذا وقع البيت في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك
واذا وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير او نقول انه اراد التقدير على

اعتبار

اعتبار وقوع البيت في نصيب شريكه واراد التمليك على اعتبار وقوعه
في نصيبه ولا يبعد ان يكون لكلام واحد حقيقتان باعتبارين الا ترى
ان من علق باول ولد تلده امته طلاق امراته وعتق ذلك الولد يتقيد في
حق العتق بالولد الحي لا في حق الطلاق ثم اذا وقع البيت في نصيب غير
الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيب الموصي بين
الموصى له والورثة على عشرة اسهم عند محمد رحمه الله تسعة للورثة وسهم للموصى
له فيضرب الموصى له بنصف البيت وهو خمسة اذرع وهم بنصف الدار الا نصف
البيت الذي صار له وهو خمسة واربعون ذراعا ونصيب الميت من الدار
خمسون ذراعا فيجعل كل خمسة منها سهما فصار عشرة اسهم وعندهما
يقسم على خمسة اسهم لان الموصى له يضرب بجميع البيت وهو عشرة اذرع
وهم بنصيبه كله الا البيت الموصى به وهو اربعون ذراعا فيجعل كل عشرة
اذرع سهما فصار المجموع خمسة اسهم سهم للموصى له واربعة لهم قال
والاقرار مثلها اي الاقرار ببيت معين من دار مشتركة مثل الوصية
به حتى يؤمر بتسليم كله ان وقع البيت في نصيب المقر عندهما وان وقع
في نصيب الآخر يؤمر بتسليم مثله وعند محمد يؤمر بتسليم النصف او قدره
النصف وقيل محمد معهما في الاقرار والفرق له على هذه الرواية ان الاقرار
بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر
له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تنفذ
فيه الوصية قال وبالف عين من مال الآخر فاجاز رب المال بعد
موت الموصي ودفعه صح وله المنع بعد الاجازة اي اذا اوصى رجل بالف
درهم بعينها من مال غيره فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي ودفعه
اليه جاز وله الامتناع من التسليم بعد الاجازة لانه تبرع بمال الغير
فيتوقف على اجازة صاحبه فاذا اجاز كان منه هذا ابتداء تبرع
فله ان يمتنع من التسليم كسائر التبرعات بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة
على الثلث او للقاتل او للوارث فاجازها الورثة حيث لا يكون لهم
ان يمتنعوا من التسليم لان الوصية في نفسها صحيحة لمصادفتها ملكه
وانما امتنع لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فتنفذ من جهة الموصي
على ما بيناه من قبل قال وصح اقرار احد الابنين بعد القسمة
بوصية ابيه في ثلث نصيبه معناه اذا اقتسم الابنان تركة ابيهما وهو
الف درهم ثم اقر احدهما لرجل ان اباهما اوصى له بثلث ماله فان
المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس ان يعطيه نصف

ما في يده وهو قول زفر لأن إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته
إياه والتسوية في إعطاء النصف ليتحقق النصف قصاصاً كما إذا أقر
أحدهما بأخ ثالث لهما وهذا لأن ما أخذه المنكر كالهالك فيهلك عليهما
وجه الاستحسان أنه أقر له بثلث شائع في جميع التركة وهي في أيديهما فيكون
مقراً له بثلث ما في يده وبثلث ما في يد أخيه فيقبل إقراره في حق نفسه
لولايته على نفسه ولا يقبل في حق أخيه لعدم الولاية عليه فيعطيه
ثلث ما في يده ولأنه لو أخذ منه نصف ما في يده أدى إلى محظور وهو أن
الابن الآخر ربما يقر به فيأخذ نصف ما في يده فيأخذ نصف التركة فيزداد
نصيبه على الثلث وهو خلف بخلاف ما إذا أقر أحدهما بالدين لغيرهما
حيث يأخذ صاحب الدين المقر له جميع ما في يد المقر ليستوفي دينه ولا
شيء للمقر إن لم يفضل منه شيء لأن الدين مقدم على الميراث فيكون مقراً بتقدمه
عليه فيقدم عليه ولا كذلك الوصية لأن الموصى له شريك للورثة فلا
يأخذ شيئاً إلا إذا سلم للوارث ضعف ذلك ولا نسلم أنه أقر له بالمساواة
بل أقر له بثلث التركة وإنما حصلت المساواة باتفاق الحال ولهذا لو لم
يكن له أخ فأقر له بالوصية لا يزيد حقه على الثلث وإن كان مقراً له
بالمساواة لحالة الانفراد أيضاً بخلاف ما إذا أقر بأخ ثالث
لكونه أخوه حيث يكون ما في يد المقر بينهما نصفين لأنه أقر له بالمساواة
فيتساويان مطلقاً ولهذا لو كان وحده يعطيه مساواة فيكون ما أخذه
المنكر هالكاً عليهما قال وبأمة فولدت بعد موته وخرجا من ثلثه
فهما له والأم أخذهما ثم منه أي إذا أوصى لرجل بجارية فولدت بعد
موت الموصي ولداً وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لأن الأم دخلت
في الوصية أصالة والولد تبعاً حين كان متصلاً بها فإذا ولدت قبل
القسمة والتركة مبقاة على ملك الميت قبلها حتى تقضى به ديونه وتنفذ
منه وصاياه دخل الولد في الوصية فيكونان للموصى له وإن لم يخرجا من
الثلث ضرب الموصى له بالثلث وأخذ ما يخصه من الأم أولاً فإن فضل شيء
أخذه من الولد وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يأخذ ما يخصه
من الأم والولد منهما جميعاً لأن الولد دخل في الوصية تبعاً حال اتصاله
بها فلا يخرج عن الوصية بالانفصال كما إذا أوصى ببيعها من فلان بكذا
من الثمن أو عتقها فولدت وكما إذا ولدت المبيعة قبل القبض فإنه يسري
إلى الولد حتى يباع أو يعتق معها ويكون له حصة من الثمن إذا ولدته
قبل القبض فتنفذ الوصية أيضاً فيهما على السواء من غير تقدم الأم كما

الوصية وقعت بهما جميعاً ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن الأم أصل والولد
تبع في الوصية والتبع لا يزاحم الأصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعاً تنتقض
الوصية في بعض الأصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع والعتق لأن تنفيذه
في التبع لا يؤدي إلى نقضه في الأصل بل يبقى تاماً صحيحاً فيه على الثمن
كله لا يقابل الأصل ثم نقضه ضرورة مقابلته بالولد إذا بيعا بالثمن
الذي عينه الموصي أو ولدت المبيعة قبل القبض في غير الوصية وقبض الولد
مع الأم وذلك لا يبالى به لأنه لا أثر له في النقض لأن الثمن تابع في البيع صح
ينعقد البيع بدون ذكره وإن كان فاسداً حتى لو كان في البيع بالثمن الذي
عينه الموصي محاباة يحتمل أن يكون على الخلاف هذا إذا ولدته قبل القبول
وقبل القسمة وإن ولدته بعدهما فهو للموصى له لأنه نما ملكه خالصاً
لتقرر ملكه فيه بعدهما وإن ولدته بعد القبول قبل القسمة ذكر القدوري
أنه لا يصير موصى به ولا يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له من جميع
المال كما لو ولدته بعد القسمة ومشايخنا رحمهم الله قالوا يصير موصى به
حتى يعتبر خروجه من الثلث كما إذا ولدته قبل القبول وإن ولدته قبل
موت الموصي لم يدخل تحت الوصية فيكون للورثة كيف ما كان والكسب
كالولد في جميع ما ذكرنا قال ولابنه الكافر أو الرقيق في مرضه فأسلم
أو عتق بطل هبته وإقراره أي إذا أوصى لابنه الكافر أو لابنه الرقيق
في مرضه فأسلم الابن أو عتق قبل موت الأب ثم مات من ذلك المرض بطلت الوصية
له كما تبطل الهبة له والإقرار له بالدين أما الوصية فلأن المعتبر فيها حالة

الموت وهو وارث فيها فلا تجوز له والهبة حكمها مثل الوصية لما عرف في
موضعه وأما الإقرار فإن كان الابن كافراً فلا إشكال فيه لأن الإقرار وقع
لنفسه وهو وارث بسبب كان ثابتاً عند الإقرار وهو البنوة فيمتنع لما فيه
من تهمة إيثار البعض فكان كالوصية قصداً وكما إذا كان له ابن وأقر لأخيه
في مرضه ثم مات الابن قبل أبيه المقر وورثه أخوه المقر له فإن الإقرار له
يكون باطلاً لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما إذا أقر لامرأة في مرضه ثم تزوجها
حيث لا يبطل الإقرار لها لأنها صارت وارثة بسبب حادث والإقرار
ملزم بنفسه وهي أجنبية حال صدوره فيلزم لعدم المانع من ذلك وتعتبر
من جميع المال بخلاف الوصية لها لأنها إيجاب عند الموت وهي وارثة عنده فلهذا

اتحد الحكم فيهما في الوصية وافترق في الإقرار حتى لو كانت الزوجة قائمة
عند الإقرار وهي غير وارثة بأن كانت نصرانية أو أمة ثم أسلمت قبل موته
أو أعتقت لا يصح الإقرار لها لقيام السبب حال صدوره وإن كان الابن

عبدا فان كان عليه دين لم يصح اقراره له لانه اقرار له وهو وارث عند
الموت فيبطل كالوصية وان لم يكن عليه دين صح الاقرار لانه وقع للمولى
اذ العبد لا يملك وقيل الهبة له جائزة لانها تمليك في الحال وهو لا يملك
فيقع للمولى وهو اجنبي فيجوز بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت وهو
وارث عنده فيمتنع وفي عامة الروايات هي في المرض كالوصية
فيه لانها وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما
لان حكمها يتقرر عند الموت الا ترى انها تبطل بالدين المستغرق ولا يجوز
بما زاد على الثلث والمكاتب كالحر لان الاقرار والهبة تقع له وهو وارث
عند الموت فلا تجوز كالوصية **قال** والمقعد والمفلوج والاشل
والمسلول اذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من كل المال لانه
اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه كالعمى والعرج وهذا لان المانع
من التصرف مرض الموت ومرض الموت ما يكون سببا للموت غالبا وانما يكون
سببا للموت اذا كان بحيث يزداد حالا فحالا الى ان يكون اخره الموت واما
اذا استحكم وصار بحيث لا يزداد ولا يخاف منه الموت لا يكون سببا للموت
كالعمى ونحوه اذ لا يخاف منه ولهذا لا يشتغل بالتداوي **قال** والا فمن
الثلث اي ان لم يتطاول اعتبر تصرفه من الثلث اذا كان صاحب فراش
ومات منه في ايامه لانه من ابتدائه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون
مرض الموت وان صار صاحب فراش بعد التطاول فهو كمرض حادث به حتى
يعتبر تبرعاته من الثلث والله اعلم

باب العتق في المرض

تبرعه في مرضه ومحاباته وهبته وصية اي حكم هذه التصرفات
كحكم الوصية حتى تعتبر من الثلث ويزاحم اصحاب الوصايا في الضرب لا
حقيقة الوصية لان الوصية ايجاب بعد الموت وهذه التصرفات منجزة
في الحال وانما اعتبرت من الثلث لتعلق حق الورثة بماله فصار محجورا عليه
في حق الزائد على الثلث وكذا كل تصرف ابتداه المريض يحابي به على نفسه
كالضمان والكفالة فهو في حكم الوصية لانه تبرع كالهبة وكل ما اوجبه
بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته اذ المعتبر حالة الاضافة
لا حالة العقد وما نفذه من التصرف كالعتق والهبة فالمعتبر فيه حالة
العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فهو من الثلث
وكل مرض برا منه فهو ملحق بحال الصحة لان حق الورثة والغرماء لا يتعلق
حقهم بماله الا في مرض موته وبالبرء تبين انه ليس بمرض الموت فلا حق لاحد
في ماله **قال** ولم يسع ان اجيز اي اذا اجازت الورثة العتق في المرض

فلا

فلا سعاية على المعتق لان العتق في المرض وصية على ما بيناه وهي تجوز
باجازة الورثة فلا يلزمه شيء لان المنع لحقهم فيسقط بالاجازة على
ما بيناه **قال** فان حابى فحرر فهي احق وبعكسه استويا اي اذا حابى
ثم اعتق فالمحاباة اولى وان اعتق ثم حابى فهما سواء وهو المراد
بقوله وبعكسه استويا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله
العتق اولى في المسئلتين ثم استواء المسئلتين والاصل فيه ان الوصايا
اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل واحد من اصحاب الوصايا يضرب بجميع
وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض
والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح سواء كان مطلقا او مقيدا
والمحاباة في المرض بخلاف ما اذا قال اذا مت فهو حر بعد موتي بيوم والحق
به ان كل ما يكون منفذا عقيب الموت من غير حاجة الى التنفيذ فهو في
المعنى اسبق مما يحتاج الى التنفيذ بعد الموت والترجيح يقع بالسبق لان
ما ينفذ بعد الموت من غير تنفيذ ينزل منزلة الديون فان صاحب الدين
ينفرد باستيفاء دينه اذا ظفر بجنس حقه وفي هذه الاشياء يصير مستوفيا
بنفس الموت والدين مقدم على الوصية فكذا الحق الذي في معناه وغيرها
من الوصايا قد تساوت في السبب والتساوي فيه يوجب التساوي
في الاستحقاق فاذا ثبت هذا فهما يقولان ان العتق اقوى لانه
لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها الفسخ ولا معتبر بالتقدم في الذكر
لانه لا يوجب التقدم في الثبوت الا اذا اتحد المستحق واستوت الحقوق
على ما يجيء بيانه وابو حنيفة يقول ان المحاباة اقوى لانها تثبت في ضمن
عقد المعاوضة وكان تبرعا بمعناها لا بصيغتها حتى ياخذ الشفيع ويملكه
العبد والصبي المأذون لهما والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجد
المحاباة اولا دفعت الاضعف واذا وجد العتق اولا وثبت وهو لا
يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة على هذا قال ابو حنيفة رحمه الله
اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما
ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم
عليها فيستويان ولو اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق
الاول وبين المحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني
ولا يقال ان صاحب المحاباة ينبغي ان يسترد ما اصاب العتق الذي بعده
في المسئلتين لكونه اولى منه لانا نقول لا يمكن ذلك لانه يلزم منه الدور
بيانه ان صاحب المحاباة الاولى في المسئلة الاولى لو استرد من العتق

لانه ينادي صاحب المحاباة الثاني وفي المسئلة الثانية لو استرد صاحب
المحاباة ما اصاب العتق الثاني لاسترد منه المعتق الاول لانه مساويه
ثم استرده صاحب المحاباة وهكذا الى ما لا يتناهى والسبيل في الدور
قطعه وعندهما العتق اولى في الكل فلا يرد السؤال عليهما قال
وان اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم ينفذ
بخلاف الحج وهذا قول ابي حنيفة في العتق وقالا يعتق عنه بما بقي لانه
وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن قياسا على الوصية بالحج وله
انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة من ماله وتنفيذها فيمن يشترى
باقل منه تنفيذ في غير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها
قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل وصار كما اذا اوصى لرجل
بمائة فهلك بعضها يدفع اليه الباقي وقيل هذه المسئلة مبنية على اصل
آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة
فيه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل فيه
الشهادة من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا البناء صحيح لان هذا الاصل
ثابت معروف ولا سبيل لانكاره ولو اوصى بان يشترى بثلث ماله وهو الف
عبد فيعتق عنه فاذا هو اقل من ذلك فالوصية باطلة قيل هذا قول
ابي حنيفة وقيل كان قول الكل فالفرق لهما ان الوصية هنا وقع الشك
في صحتها فلا تصح بالشك وفي مسئلة الكتاب انها كانت صحيحة
فلا تبطل بالشك ولو اوصى بان يشترى بكل ماله عبد فيعتق فبطلت
الوصية عنده قال وبعتق عبده فمات فجنى ودفع بطلت اي اذا
اوصى بعتق عبده فمات المولى فجنى العبد ودفع بالجناية بطلت
الوصية لان الدفع قد صح لان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي
فكذا على حق الموصى له وهو العبد نفسه لانه يتلقى الملك من جهة
الموصي وملك الموصي باق الى ان يدفع وبه يزول ملكه فاذا خرج به
عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته بالدين
قال وان فدا لا اي لا تبطل الوصية ان فداه الورثة وكان الفدا
في اموالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر
عن الجناية فصار كان لم يجن قال وبثلثه لزيد وترك عبدا فادعى
زيد عتقه في صحته والوارث في مرضه فالقول للوارث ولا شيء لزيد
الا ان يفضل من ثلثه شيء او يبرهن على دعواه اي اذا اوصى بثلث ماله
لزيد وله عبد واقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد

فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول
قول الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء او تقوم البينة
ان العتق كان في الصحة لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ماله سوى
العبد لان العتق في الصحة ليس بوصية فينفذ من جميع المال والوارث
ينكر استحقاقه ثلث ماله غير العبد لان العتق في المرض وصية وهو مقدم
على غيره من الوصايا فذهب الثلث بالعتق فيبطل حق الموصى له بالثلث
وكان منكرا لاستحقاقه والقول للمنكر مع اليمين ولان العتق حادث
والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا
للورثة فيكون القول قولهم مع اليمين فلا شيء للموصى له الا ان يفضل من
الثلث شيء من قيمة العبد لانه لا مزاحم له فيه فيسلم له ذلك او تقوم له
البينة ان العتق وقع في الصحة فيكون له ثلث جميع المال سوى العبد
لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة والموصى له خصم بالاجماع لانه يثبت
حقه وكذا العبد اما عند ابي حنيفة فظاهر لان العتق حق العبد على
ما عرف من مذهبه فيكون خصما فيه لاثبات حقه واما عندهما فلان العتق
فيه حق العبد وان كان حقا لله تعالى فيكون بذلك خصما وهو نظير
حد القذف فانه حق الله تعالى وفيه حق المقذوف فيكون خصما بذلك
وكذا السرقة الحد فيها حق الله تعالى واسترداد المال حق العبد فلا
بد من خصومته حتى يقطع السارق قال ولو ادعى رجل دينا اي على
الميت والعبد عتقا اي في الصحة ولا مال له غيره فصدقهما الوارث
سعى في قيمته وتدفع الى الغريم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
رحمهما الله يعتق ولا يسعى في شيء لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا
بتصديق الوارث في كلام واحد فصارا كانهما وجدا معا او ثبت ذلك
بالبينة والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق
دين وله ان الاقرار بالدين اقوى من الاقرار بالعتق ولهذا يعتبر اقراره
بالدين من جميع المال وبالعتق من الثلث والاقوى يدفع الادنى فصار
كاقرار المورث نفسه بان ادعى عليه رجل دينا وعبده عتقا في صحته
فقال في مرضه صدقتما فانه يعتق العبد ويسعى في قيمته فكذا هذا
وقضية الدفع ان يبطل العتق في المرض اصلا الا انه بعد وقوعه
لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية عليه ولان
الدين اسبق فانه لا مانع له من الاستناد فيستند الى حالة الصحة ولا
يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض

بها نا فيجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات وترك الف درهم فقال رجل
لي على الميت الف درهم دين وقال اخر هذا المال الف لي كان لي عنده وديعة فعنده
الوديعة اقوى وعندهما سواء كذا في الهداية وقال في النهاية ذكر فخر الاسلام
والكيساني الوديعة اقوى عندهما وعنده عكس ما ذكر في الهداية ثم قال
وذكر في المنظومة ما يؤيد ما ذكر فخر الاسلام والكيساني فقال •
• لو ترك الفا وهذا ادعى • دينا وذاك قال هذا مودعي •
• والابن قد صدق هذين معا • استويا واعطيا من اودعا •
وجه قول من يقدم الوديعة ان الوديعة تثبت في عين المال والدين يثبت
في الذمة اولا ثم ينتقل الى العين فكانت الوديعة اسبق فكان صاحبها
احق كما لو كان الوارث حيا فقال صدقتما ووجه قول من سوى بينهما ان
الوديعة لم تظهر الا مع الدين فيستويان فيتحاصان كما لو اقر بالدين
ثم بالوديعة بخلاف ما اذا اقر الوارث نفسه لان اقراره بالدين يثبت في الذمة
وبالوديعة يثبت في العين فيكون صاحبها اولى لتعلق حقه بها واقرار
الوارث بالدين يثبت في عين التركة كاقراره بالوديعة يثبت في العين
فافترقا وصاحب الكافي ضعف ايضا ما ذكره في الهداية وجعل الاصح خلافه
قال ويبدا بحقوق الله تعالى قدمت الفرائض او اخرها كالحج والزكاة
والكفارات لان الفرض اهم من النفل والظاهر منه البداية بالاهم قال
وان تساوت في القوة بدئ بما بدأ به لان الظاهر من حال الموصي ان يبدأ
بما هو الاهم عنده والثابت بالظاهر كالثابت نصا فصار كانه نص على
تقديمه باعتبار حاله فتقدم الزكاة على الحج لتعلق حق العبد بها وعن
ابي يوسف ان الحج يقدم عليهما لانه يقام بالمال والبدن والزكاة بالمال
فقط فكان الحج اقوى وهو قول محمد وهما يقدمان على الكفارة لرجحانهما
عليها لانه قد جاء الوعيد فيهما ما لم يات في غيرهما قال الله تعالى والذين
يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله وقال تعالى
فتكوى بها جباههم وجنوبهم وقال تعالى ومن كفر فان الله غني عن العالمين
مكان قوله ومن ترك الحج اشعارا بالتغليظ المنصوص في الاخبار الواردة فيهما
وكفارة القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه
عرف وجوبها بالكتاب دون صدقة الفطر وصدقة الفطر على الاضحية
للاتفاق على وجوبها دون الاضحية وعلى هذا القياس يقدم الاقوى فالاقوى
حتى يقدم كفارة القتل على كفارة الظهار واليمين لانها اقوى واكثر
تغليظا منهما الا ترى ان الاسلام شرط في التحرير فيها دونهما ثم يقدم كفارة

اليمين على كفارة الظهار لانها تجب بهتك حرمة على نفسه فكانت كفارة
اليمين اغلظ واقوى وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا
والاصل فيه ان الوصايا اذا اجتمعت لا تقدم البعض على البعض الا العتق
والمحاباة على ما بينا من قبل ولا معتبر بالتقدم ولا بالتاخر ما لم
يتغير عليه ولهذا لو اوصى لجماعة على التعاقب يستوون في الاستحقاق
ولا يتقدم احد على احد غير ان المستحق اذا اتحد لم يف الثلث بالوصايا
كلها تقدم الاهم فالاهم باعتبار ان الموصي يبتدأ بالاهم عادة فيكون ذلك
كالمنصوص عليه لان من عليه قضاء من صلاة او حج او صوم لا يشتغل بالنفل
من ذلك الجنس ويترك القضاء عادة ولو فعل ذلك نسب الى الحمق فاذا
كان كذلك فلو اوصى لادمي مع الوصايا بحقوق الله تعالى وكان الادمي
معينا قسم الثلث على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد
فما اصاب القرب صرف على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب
ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه وان كان المقصود بجميعها وجه الله
تعالى فكل واحدة منها في نفسها مقصودة فتنفرد كما تنفرد وصايا الادميين
فتكون كل جهة مستحقة بانفرادها ثم يجمع فيتقدم فيها الاهم فالاهم
على ما بينا وان كان الادمي غير معين بان اوصى بالصدقة على الفقراء
فلا يقسم بل يقدم الاقوى فالاقوى لان الكل صار حقا لله تعالى اذ لم
يكن له مستحق معين قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده
يحج عنه راكبا اي اذا اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج عنه
راكبا لان الواجب عليه ان يحج من بلده فيجب عليه الاحجاج كما وجب لان
الوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما شرط ان يكون راكبا لانه لا يلزمه
ان يحج ماشيا فوجب عليه الاحجاج على الوجه الذي لزمه قال والا
فمن حيث يبلغ اي ان لم يبلغ الثلث النفقة اذا احجوا عنه من بلده احجوا عنه
من حيث يبلغ والقياس ان لا يحج عنه لانه اوصى بالحج على صفة وقد عدمت
تلك الصفة فيه ولكن جاز ذلك استحسانا لان مقصوده تنفيذ الوصية
فيجب تنفيذها ما امكن ولا يمكن على هذا الوجه فيؤتى به على وجه يمكن
وهو اولى من ابطاله بخلاف العتق وقد فرقنا بينهما فيما اذا اوصى بان يشترى
عبدا بالف درهم فضاع بعضه على قول ابي حنيفة قال ومن خرج من
بلده حاجا فمات في الطريق واوصى بان يحج عنه من بلده وان احجوا
عنه من موضع اخر فان كان اقرب من بلده الى مكة ضمنوا النفقة وان كان
ابعد لا ضمان عليهم لانهم في الاول لم يحصلوا مقصوده بصفة الكمال وفي الثاني

لينقض ذلك وفي الثاني حصل المقصود وهو الزيارة وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا يحج عنه من حيث مات استحسانا لان سفره بنية الحج وقع قربة
وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع اجره على الله لقوله تعالى
ومن يخرج من بيته مهاجرا الآية ولم ينقطع سفره بموته بل يكتب له حج مبرور
فيبدأ من ذلك المكان كانه من اهل ذلك المكان بخلاف ما اذا خرج من بيته
للتجارة لان سفره لم يقع قربة فيحج عنه من بلده ولابي حنيفة رحمه الله ان
الوصية تنصرف الى الحج من بلده لانه الواجب عليه على ما قررناه وعمله
قد انقطع بالموت لقوله عليه السلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاث الحديث
والمراد بالمتلو في حق احكام الآخرة من الثواب وهذا الخلاف فيمن له وطن
فاما من لا وطن له فيحج عنه من حيث مات بالاجماع لانه لو حج بنفسه
انما كان يتجهز من حيث هو فكذا اذا حج غيره لان وطنه حيث حل والحاج
عن غيره مثله اي المأمور بالحج عن الغير فحج عنه فمات في الطريق فحكمه حكم
الحاج عن نفسه اذا مات في الطريق حتى يحج عنه ثانيا من وطنه عند ابي
حنيفة وعندهما من حيث مات الاول وقد ذكرناها في كتاب الحج

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال جيرانه ملاصقون وهذا عند ابي حنيفة وهو القياس لانه مأخوذ
من المجاورة وهي الملاصقة ولهذا حمل عليه قوله عليه السلام الجار احق
بسقبه حتى لا يستحق الشفعة غير الملاصق بالجوار ولانه لما تعذر صرفه الى
الجميع الا ترى انه لا يدخل فيه جار المحلة وجار الاراضي وجار القرية وجب
صرفه الى اخص الخصوص وهو الملاصق وفي الاستحسان وهو قولهما جار الرجل
من يسكن محلته ويجمعهم مسجد المحلة لان الكل يسمون جارا عرفا وشرعا قال
عليه السلام لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد وفسر بكل من سمع النداء ولان
المقصود بالوصية للجيران ان يبرهم ويحسن اليهم واستحبابه ينتظم الملاصقين
وغيرهم الا انه لا بد من الاختلاط ليتحقق معنى الاسم والاختلاط عند اتحاد
المسجد وقال الشافعي رحمه الله الجار الى اربعين دارا من كل جانب لقوله
عليه السلام حق الجار اربعون دارا هكذا وهكذا قلنا هذا ضعيف عند
اهل النقل فلا يمكن الاحتجاج به ويستوي في الجار الساكن والمالك والذكر
والانثى والمسلم والذمي لان الاسم يتناول الكل ويدخل فيه العبد الساكن
عنده لان مطلق هذا الاسم يتناوله ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية
لمولاه وهو ليس بجار بخلاف المكاتب لان استحقاق ما في يده والاختصاص
به يثبت له ولا يملكنا الحمل الا بالتمليك منه الا ترى انه يجوز له اخذ الزكاة

وان

وان كان مولاه غنيا بخلاف القن والمدبر وام الولد والارملة تدخل لان
سكناها مضاف اليها ولا يدخل التي لها بعل لان سكناها غير مضاف اليها
وانما هي تبع فلم تكن جارا حقيقة قال واصهاره كل ذي رحم محرم من امرأته
لما روي انه عليه السلام لما تزوج صفية اعتق كل من ملكه من ذي رحم محرم
منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي صلى الله عليه وسلم وهذا
التفسير اختيار محمد وابي عبيدة رحمهما الله وفي الصحاح والاصهار اهل
بيت المرأة ولم يقيده بالمحرم وقال الزجاج في قوله تعالى وهو الذي خلق
من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا النسب ما لا يحل نكاحه والصهر الذي يحل
نكاحه كبنات العم والخال واشباههن من القرابة التي يحل تزوجها وعن ابن
عباس خلاف ذلك فانه قال حرم الله من النسب سبعا ومن الصهر سبعا حرمت
عليكم امهاتكم الى قوله وبنات الاخت ومن الصهر سبعا وامهاتكم اللاتي ارضعنكم
الى قوله وان تجمعوا بين الاختين قال في المغرب عقيب ذكره قال الازهري
وهذا هو الصحيح لا ارتياب فيه هذا هو المذكور في كتب اللغة وكذا
يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي
رحم محرم منه لان الكل اصهار وشرطه ان يموت وهي منكوحته او معتدته
من طلاق رجعي لا من بائن سواء ورثت بان ابانها في المرض او لم ترث لان
الرجعي لا يقطع النكاح والبائن يقطعه وقال الحلواني الاصهار في عرفهم
كل ذي رحم محرم من نسائه التي يموت هو وهن نساؤه او في عدة منه وفي
عرفنا ابو المرأة وامها ولا يسمى غيرهما صهرا قال واختانه زوج كل
ذي رحم محرم منه كازواج البنات والعمات والخالات لان الكل يسمى ختنا
وكذا كل ذي رحم محرم من ازواجهن لانهم يسمون اختانا وقيل هذا في عرفهم
وفي عرفنا لا يتناول الا ازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد انتهى
قال واهله زوجته وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما
يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته غير مماليكه اعتبارا للعرف وهو
مؤيد بالنص قال الله تعالى وأتوني باهلكم اجمعين وقال تعالى فنجيناه
واهله الا امرأته والمراد من كان في عياله ولابي حنيفة ان الاسم حقيقة
للزوجة يشهد بذلك النص والعرف قال الله تعالى وسار باهله وقال
لاهله امكثوا ومنه قولهم تأهل ببلد كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة
المستعملة قال وآله اهل بيته لان الآل القبيلة التي ينسب اليها
فيدخل فيه كل من ينتسب اليه من قبل آبائه الى اقصى اب له في الاسلام
الاقرب والابعد والذكر والانثى والمسلم والكافر والصغير والكبير

فيه سواء ولا يدخل فيه اولاد البنات واولاد الاخوات ولا احد من قرابة
امه لانهم لا ينسبون الى ابيه وانما ينسبون الى آبائهم وكانوا من جنس آخر
ومن اهل بيت آخر لان النسب يعتبر بالآباء قال وجنسه اهل نسبه
لان الانسان يتجنس بابيه فصار كاهل بيته بخلاف قرابته حيث يدخل فيه
جهة الاب والام لان الكل يسمون قرابته فلا يختص بشيء منهم وكذا اهل
بيته واهل نسبه كاهل جنسه فيكون حكمه كحكمه في جميع ما ذكرنا ويدخل
فيه الاب والجد لان الاب اصل النسب والجد اصل نسب ابيه وقال في
الكافي لو كان الاب الاكبر حيا لا يدخل تحت الوصية لان الوصية لا تضاف
الا لمضاف اليه ولو اوصت المرأة لجنسها او لاهل بيتها لا يدخل ولدها
لان ولدها ينسب الى ابيه لا اليها الا ان يكون ابوه من قومها **قال**
وان اوصى لقرابته او لذوي قرابته او لارحامه او لانسابه فهي للاقرب
فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل الوالدان والولد والوارث ويكون
للاثنين فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الوصية لكل من
ينسب الى اقصى اب له في الاسلام وان لم يسلم بعدما ادرك الاسلام او لم
على ما اختلف فيه المشايخ وفائدة الاختلاف تظهر فيما في مثل ابي طالب
وعلي رضي الله عنه اذا وقعت الوصية لاقرباء احد من اولاد علي ممن اكتفى
بادراك الاسلام صرفه الى اولاد ابي طالب ومن شرط اسلامه صرفه الى
اولاد علي لا غير ولا يدخل اولاد عبد المطلب بالاجماع لانه لم يدرك الاسلام
لهما ان الاسم يتناول الكل لان لفظة القريب حقيقة للكل اذ هي مشتقة
من القرابة فيكون اسما لكل من قامت به فيتناول مواضع الخلاف
ولابي حنيفة رحمه الله ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب
فالاقرب فكذلك في اخته لان الاخت لا تخالف الاخت في الاحكام ولان
المقصود من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة الواجب وهو صلة
الرحم والوجوب يختص بذي الرحم المحرم ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد
الاجماع على تركه فان قولهما قد خرج عما ذكره والشافعي رحمه الله قيد بالاب
الادنى ولا يدخل فيه قرابة الاولاد عندنا لانهم لا يسمون اقرباء عادة ومن
سمى والده قريبا كان منه عقوقا اذ القريب في عرف اهل اللغة من
يتقرب الى غيره بواسطة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولهذا
عطف القريب على الوالدين في قوله تعالى الوصية للوالدين والاقربين
والعطف للمغايرة ولو كانوا منهم لما عطفوا عليهما ويدخل فيه الجد والجدة
وولد الولد في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف انهم لا يدخلون

وقيل لما ذكراه من انه يصرف الى اقصى اب له في الاسلام كان في ذلك
الزمان حين لم يكن في اقرباء الانسان الذين ينسبون الى اقصى اب
له في الاسلام كثرة فاما في زماننا ففيهم كثرة لا يمكن احصاؤهم فتصرف
الوصية الى اولاد ابيه وجده وجد ابيه واولاد امه وجدته وجدة ام
ولا يصرف الى اكثر من ذلك ويستوي الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير
والكبير والذكر والانثى على المذهبين وفي الميراث يراد بالجمع المثنى
فكذا في الوصية لانها اخته قال الراجي عفو ربه هذا ظاهر في الاقارب
ونحوه واما في الانساب فمشكل لانه جمع نسب وفيه لا يدخل قرابته من جهة
الام فكيف دخلوا هنا **قال** فان كان له عمان وخالان فهي لعميه لانهما اقرب
كما في الارث ولفظ الجمع يراد به المثنى في الوصية على ما بينا فيكتفى بهما
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يكون بينهم ارباعا لانهما لا
يعتبران الاقرب **قال** ولو عم وخالان كان له النصف وللخالين النصف
اي لو كان له عم وخالان كان للعم نصف ما اوصى به وللخالين النصف لان
اللفظ جمع فلا بد من اعتبار معنى الجمع فيه وهو الاثنان في الوصية على ما
عرف فيضم الى العم الخالان ليصير جمعا فيأخذ هو النصف لانه اقرب ويأخذا
النصف لعدم من يتقدم عليهما فيه بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته حيث
يكون جميع الوصية للعم لانه لفظ مفرد فيحرز الواحد جميع الوصية اذ هو
الاقرب ولو كان له عم واحد لا غير كان له نصف الوصية لما بينا انه لا بد من
اعتبار الجمع فيه ويرد النصف الى الورثة لعدم من يستحقه لان اللفظ
جمع وادناه اثنان في الوصية فيكون لكل واحد منهما النصف فلهذا
يعطى له النصف والنصف الآخر يرد الى الورثة **قال** ولو عم وعمة
استويا لان قرابتهما مستويتان ومعنى الجمع قد تحقق بهما فاستحقا حتى لو
كان له اخوال معهما لا يستحقون شيئا لانهما اقرب ولا حاجة الى الضم اليهما
لكمال النصاب بهما ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا
فلا بد من مراعاته وهذا كله عند ابي حنيفة وعندهما لا تبطل ولا يختص
الاعمام بالوصية دون الاخوال لما عرف من مذهبهما **قال** ولولد فلان
للذكر والانثى سواء اي لو اوصى لولد فلان فالوصية بينهم للذكر والانثى
على السواء لان اسم الولد يشمل الكل وليس في اللفظ ما يقتضي التفضيل فتكون
الوصية بينهم على السواء **قال** ولورثة فلان للذكر مثل حظ الانثيين
اي اذا اوصى لورثة فلان كانت الوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين
اي اذا اوصى لورثة فلان كانت الوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين

اي اذا اوصى لورثة فلان كانت الوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لان الاسم مشتق من الوراثة ومتى بني اسم على اولاده او اخوته كذلك فكذا الوصية ولان التنصيص على الاسم المشتق يدل على ان الحكم يترتب على ماخذ الاشتقاق وكانت بمنزلة العلة الا ترى ان الله تعالى لما نص على الوارث بقوله وعلى الوارث مثل ذلك ترتب الحكم عليها حتى وجبت النفقة بقدرها ثم شرط هذه الوصية ان يموت الموصى لورثته قبل موت الموصي حتى يعرف ورثته من هو حتى لو مات الموصي قبل موت الموصى لورثته بطلت الوصية بخلاف ما اذا اوصى لولد فلان ولو كان مع الورثة موصى له اخر قسم بينهم وبينه على عدد الرؤس ثم ما اصاب الورثة جمع وقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين انتهى

باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

قال رحمه الله وتصح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره مدة معلومة وابدا لان المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل وبغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان ويكون محبوسا على ملك الميت في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز موقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف الميراث فانه خلافة فيما يتملكه المورث وتفسيرها ان يقوم الوارث مقام المورث فيما كان له وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى وكذا الوصية بغلة الدار والعبد جائزة لانها بدل المنفعة والمجوز للوصية بها الحاجة وهي تشمل الكل اذ الموصي محتاج الى التقرب الى الله تعالى بما قدر عليه وكذا الموصى له محتاج اليه فقضينا حاجته باي شيء كان قال فان خرج العبد من الثلث سلم اليه ليخدمه لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة فيه قال وان لم يخرج من الثلث خدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية بالعين ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا الى المهايأة فيخدمهم اثلاثا هذا اذا كانت الوصية غير موقتة وان كانت موقتة بوقت كالسنة مثلا فان كانت السنة غير معينة يخدم الورثة يومين والموصى له يوما الى ان تمضي ثلاث سنين فاذا مضت سلم الى الورثة لان الموصى له استوفى حقه وان كانت معينة فان مضت السنة قبل موت الموصي بطلت الوصية وان مات قبل مضيها يخدم الموصى له يوما والورثة يومين الى ان تمضي تلك السنة فاذا مضت سلم الى الورثة وكذا الحكم لو مات الموصي بعد مضي بعضها بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث

يقسم

يقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع بها لامكان قسمة عينها لدار اجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهايأة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان يجوز ايضا لان الحق لهما الا ان الاول اولى لكونه اعدل وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار لان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار ظاهرا بان ظهر للميت مال اخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فيمنعون عنه وعن ابي يوسف لهم ذلك لانه خالص حقهم والظاهر الاول وفي المغني ما بيناه قال وبموته يعود الى الورثة اي بموت الموصى له يعود العبد او الدار الى ورثة الموصي لانه اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي بغير رضاه وذلك غير جائز قال ولو مات في حياة الموصي بطلت اي لو مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت وفي الحال ملك الموصي ثابت فيه فلا يتصور تملك الموصى له بعد موته فبطلت قال وبثمرة بستانه فمات وفيه ثمرة له هذه الثمرة وان زاد ابدا له هذه الثمرة وما يستقبل كغلة بستانه اي اذا اوصى بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة كان له هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستاني ابدا كان له هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان اوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل والفرق انه اذا اوصى بالغلة استحقه دائما وبالثمرة لا يستحق الا القائم الا اذا زاد ابدا فحينئذ يصير كالغلة فيستحقه دائما وهو المراد بقوله وان زاد ابدا له هذه الثمرة وما يستقبل كغلة بستانه اي اذا زاد في الثمرة لفظة ابدا صار كما اذا اوصى بغلة بستانه من غير زيادة شيء حتى يستحق الموجود وما سيوجد فيهما فيحتاج الى الفرق بينهما والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل [التنصيص] على الابد لانه لا يتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيئا اما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان ياكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه وداره فاذا اطلقت تناول الموجود والمعدوم من غير توقف على دلالة اخرى اما الثمرة اذا اطلقت يراد بها الموجود ولا يتناول المعدوم الا بدليل زائد عليه وانما قيد بقوله وفيه ثمرة لانه اذا لم يكن في البستان ثمرة والمسئلة بحالها فهي كمسئلة الغلة في تناولها الثمرة المعدومة ما عاش الموصى له

وانما كان كذلك لان الثمرة اسم للموجود حقيقة ولا يتناول المعدوم
الا مجازا فاذا كان في البستان ثمرة عند موت الموصي صار مستعملا في
حقيقته فلا يتناول المجاز واذا لم يكن فيه ثمرة يتناول المجاز
ولا يجوز الجمع بينهما الا انه اذا ذكر لفظ الابد يتناولهما عملا بعموم المجاز
لا جمعا بين الحقيقة والمجاز **قال** وبصوف غنمه وولدها ولبنها
له الموجود عند موته قال ابدا او لا اي اذا اوصى بهذه الاشيا كان له
الموجود عند موته ولا يستحق ما يحدث بعد موته سوا قال ابدا او لم
يقل لان الوصية ايجاب عند الموت فيعتبر وجود هذه الاشيا عنده
هذا هو الحرف لكن جازت الوصية في الغلة المعدومة والثمرة
المعدومة على ما بينا لانها تستحق بغير الوصية من العقود كالمزارعة
والمعاملة فلان تستحق بالوصية اولى لانها اوسع بابا من غيرها وكذا
الصوف على الظهر واللبن في الضرع والولد الموجود في البطن يستحق
بجميع العقود تبعا وبالخلع مقصودا فكذا بالوصية لما ذكرنا واما
المعدوم منها فلا يستحق بشي من العقود فكذا بالوصية ثم مسايل هذا الباب
وجوه ثلاثة منها ما يقع على الموجود والمعدوم ذكر الابد او لم يذكره
كالوصية بالخدمة والسكنى والغلة والثمرة اذا لم يكن في البستان
شي من الثمرة عند موته وبعدها ومنها ما يقع على الموجود دون المعدوم
ذكر الابد او لم يذكر كالوصية باللبن في الضرع والصوف على الظهر
والولد في البطن ومنها ما يقع على المعدوم والموجود ان ذكر الابد
والا فعلى الموجود فقط كالوصية بثمرة بستانه وفيه ثمرة والله اعلم

باب وصية الذمي

قال رحمه الله ذمي جعل داره بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهي
ميراث لانه بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة والوقف عنده لا يلزم فيورث
فكذا هذا واما عندهما فلان هذا معصية فلا يصح وان كان قربة
في معتقدهم وفيه اشكال على قول ابي حنيفة وهو ان هذا عندهم كالمسجد
عند المسلمين والمسلم ليس له ان يبيع المسجد فوجب ان يكون الذمي فيه
كذلك لانهم عندهم يتركون وما يعتقدونه وجوابه ان المسجد محرر
عن حقوق الناس وصار خالصا لله تعالى ولا كذلك البيعة في
معتقدهم فانها لمنافع الناس لانهم يسكنون فيها ويدفنون فيها
موتاهم فلم تصر محررة عن حقوقهم فكان ملكهم فيها ثابتا وفي هذه الصورة
يورث المسجد ايضا على ما يجي بيانه **قال** وان اوصى بذلك لقوم مسمين

فهو

مسمين فهو من الثلث اي اذا اوصى ان تبنى داره بيعة او كنيسة
لناس معينين فهو جائز من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف
ومعنى التمليك فامكن تصحيحها على اعتبار المعنيين **قال** وبداره
كنيسة لقوم غير مسمين صحت كوصية حربي مستامن بكل ماله لمسلم او ذمي
اي اذا اوصى بداره ان تبنى كنيسة لقوم غير مسمين صحت كما تصح وصية
حربي الى اخره اما الاول وهو ما اذا اوصى ان تبنى داره كنيسة لغير
معين فهو قول ابي حنيفة وعندهما الوصية باطلة لان هذا معصية
حقيقة وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لان
في تنفيذها تقرير المعصية ولابي حنيفة ان هذه قربة في معتقدهم
ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون فيجوز بنا على معتقدهم الا ترى انه
لو اوصى بما هو قربة حقيقة وهو معصية في معتقدهم لا يجوز اعتبارا
لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة بين بنايها وبين الوصية
بها ان البنا ليس بسبب لزوال الملك وانما يزول ملك الباني بان يصير
محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محررة
لله تعالى على ما بينا فيورث عنه بخلاف الوصية لانها وضعت لازالة
الملك غير انه يثبت مقتضى الوصية وهو الملك امتنع فيما ليس بقربة
عندهم فيبقى فيما هو قربة عندهم على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث
قال مشايخنا رحمهم الله هذا اذا اوصى ببنا بيعة في القرى واما في المصر
فلا يجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من احداث البيعة في الامصار وعلى
هذا الخلاف اذا اوصى بان تذبح خنازيره وتطعم المشركون من غير
تعيين لما ذكرنا وان كان لقوم معينين جاز بالاتفاق على انه تمليك
لحاصله ان وصايا الذمي ثلاثة اقسام منها ما هو جائز بالاتفاق
على انه تمليك لحاصله وهو ما اذا اوصى بما هو قربة عندنا وعندهم
كما اذا اوصى بان يسرج في بيت المقدس او بان يغزو الترك وهو من الروم
سوا كان القوم معينين او غير معينين لانه وصية بما هو قربة وفي
معتقدهم ايضا قربة ومنها ما هو باطل بالاتفاق وهو ما اذا اوصى
بما ليس بقربة عندنا ولا عندهم كما اذا اوصى للمغنيات والنايحات
او اوصى بما هو قربة عندنا وليس بقربة في معتقدهم كما اذا اوصى
بالحج او ببنا المسجد للمسلمين او بان يسرج مساجدهم لانه معصية عندهم
الا ان يكون لقوم باعيانهم فيصح باعتبار التمليك ومنها ما هو مختلف
فيه وهو ما اذا اوصى بما هو قربة عندهم وليس بقربة عندنا كبنا الكنيسة

لقوم غير معينين ونحوه فعند ابي حنيفة يجوز وعندهما لا يجوز وان كان لقوم
معينين يجوز بالاجماع وقد ذكرنا هذا النوع في اول الباب فحاصله ان
وصيته لقوم معينين يجوز في الكل على انه تمليك لهم وما ذكره من الجهة
من تسريج المساجد ونحوه خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الالزام
حتى لا يلزمهم ان يصرفوه في الجهة التي عينها بل يفعلون به ما شاؤوا
لانه ملكهم والوصية انما صحت باعتبار التمليك لهم وصاحب الهوى اذا كان
لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لانا امرنا ببناء الاحكام على ظاهر
الاسلام وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في
تصرفاته قال صاحب الهداية في المرتدة الاصح انه يصح وصاياها لانها
تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم فجعلناها كالذمية وقال
السغناقي في النهاية وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا
وقال قال بعضهم لا يكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصية
والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها واما المرتدة
فلا تقر على اعتقادها قال الراجي عفو ربه المنشئ ان يكون
كالذمية فيجوز وصيتها لانها لا تقتل ولهذا يجوز جميع تصرفاتها فكذا
الوصية كانه اراد بقوله صاحب الكتاب صاحب الهداية وذكر العتابي
في الزيادات ان من ارتد عن الاسلام الى النصرانية او اليهودية او المجوسية
فحكم وصاياه حكم من انتقل اليهم فما صح منهم صح منه وهذا عندهما واما
عند ابي حنيفة فوصيته موقوفة ووصايا المرتدة نافذة بالاجماع
لانها لا تقتل عندنا وقال قاضي خان المرتدة الصحيح انها كالذمية
فيجوز منها ما جاز من الذمية وما لا فلا واما الثاني وهو ما اذا اوصى
الحربي للمسلم فلانه اهل للتمليك منجزا كالهبة ونحوها فكذا مضافا ولو
اوصى باكثر من الثلث او بماله كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث
لحق الورثة وليس لورثته حق مرعي لانهم اموات في حقنا ولان حرمة ماله
باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته وقد اسقط حقه
فيجوز وقيل اذا كان ورثته معه لا يجوز باكثر من الثلث الا باجازتهم لانهم
بالامان التزموا احكامنا فصاروا كالذمي ولو اوصى ببعض ماله اخذت
الوصية ورد الباقي الى ورثته وكذا لو اوصى لمستامن مثله ولو اعتق عبده
عند الموت او دبره جاز ذلك كله من غير تقييد بالثلث لما بينا وكذا لو اوصى
له مسلم او ذمي بوصية جاز لانه ما دام في دار الاسلام فهو كالذمي في
المعاملات ولهذا يصح عقود التمليكات منه وتبرعاته في حال حياته فكذا

بعد

بعد مماته وعن ابي حنيفة وابي يوسف وصية المسلم والذمي للحربي المستامن
لا يجوز لانه في دارهم حكما حتى يمكن من الرجوع اليها فصار كالحربي والاول
اظهر لان الوصية تمليك مبتدا ولهذا يجوز للذمي والعبد بخلاف الارث
ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لوارثه لا يجوز كالمسلم لانهم التزموا احكام
الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو اوصى بخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث
اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى لحربي في دار الحرب لا يجوز لان الارث ممتنع
لتباين الدارين فكذا الوصية لانها اخته وعلى رواية الجامع الصغير
ينبغي ان يجوز كالمسلم ولو اوصى لمستامن في دار الاسلام ينبغي ان يكون على
الروايتين المذكورتين في المسلم باب الوصي

قال رحمه الله اوصى الى رجل فقبل عنده ورد عنده يرتد لان عنده
الموصي لان الموصي ليس له ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه
ان يوصي الى غيره قال والا اي ان لم يرد عنده بل رده في غير وجهه
لا يرتد لان الموصي مات معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه لصار مغرورا
من جهته فيرد رده فيبقى وصيا على ما كان كالوكيل اذا عزل نفسه في
غيبة الموكل ولو لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل
وان شاء رد لان الموصي ليس له ولاية الالزام فيبقى مخيرا قال وبيعه
التركة كقبوله اي بيع الوصي التركة قبل قبول الوصية كقبوله نصا لانه
دلالة الالتزام نصا وقبولا وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره
من الوصي سواء علم بالايصاء او لم يعلم بخلاف الوكيل حيث لا يكون
البيع من غير علم قبولا لان التوكيل انابة لثبوته في حال قيام ولاية الموكل
فلا يصح من غير علم كاثبات الملك بالبيع والشرا فلا بد من العلم وطريق العلم
به ان يخبره واحد من اهل التمييز وقد ذكرناه فيما تقدم واما الايصاء
فخلافه لانه مختص بحال انقطاع ولاية الميت فلا يتوقف على العلم كالوراثة
قال وان مات فقال لا اقبل ثم قبل صح ان لم يخرجه قاض منذ قال لا
اقبل اي الوصي اليه ان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل ثم قال
اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه من الوصية حين قال لا اقبل لان
مجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان فيه تضررا بالميت وضرر الوصي في الابقا
مجبور بالثواب ودفع الضرر الاول وهو اعلى اولى الا ان القاضي اذا اخرجه
عن الوصية يصح ذلك لانه مجتهد فيه وكان له اخراجه قوله لا اقبل كما
ان له اخراجه بعد قبوله او لانه نصب ناظرا فاذا راى غيره اصلح كان له
عزله ونصب غيره وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصية فيدفع القاضي

العزل عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين
ولو قال اقبل بعد ما اخرجه القاضي لا يلتفت اليه لانه قبل بعد ما بطلت
الوصية باخراج القاضي اياه **قال** والى عبد وكافر وفاسق بدل
بغيرهم اي اذا اوصى الى هؤلاء المذكورين اخرجهم القاضي ويستبدل غيرهم
مكانهم وذكر القدوري ان القاضي يخرجهم عن الوصية وهذا يدل على ان
الوصية صحيحة لان الاخراج يكون بعد الدخول وذكر محمد في الاصل ان
الوصية باطلة قيل معناه ستبطل وقيل في العبد باطلة لعدم الولاية
على نفسه وفي غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر باطلة ايضا لعدم
ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة
العبد حقيقة وولاية الفاسق على نفسه وعلى غيره على ما عرف من اصلنا
وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة
مولاه وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة على ترك
النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجهم القاضي عن الوصية
ويقيم غيرهم مقامهم اتماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا
منه على المال لانه يكون عذرا في اخراجه وتبديله بغيره بخلاف ما اذا اوصى
الى مكاتبه او مكاتب غيره حيث يجوز لان المكاتب في منافعه كالحر وان عجز
بعد ذلك فالجواب فيه كالجواب في القن والصبي كالقن فلو بلغ الصبي
وعتق العبد واسلم الكافر لم يخرجهم القاضي عن الوصية **قال** والى
عبده وورثته صغار صح اي اذا اوصى الى عبد نفسه وورثته صغار جاز
الايصاء اليه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف لا يجوز وهو
القياس لان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية
للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من
الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه الولاية تجزيتها لانه لا يملك بيع رقبته
وهذا خلاف الموضوع ولابي حنيفة انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون
اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا
ليس لهم ولاية النظر فلا منافاة بخلاف ما اذا كان في الورثة كبار او
الايصاء الى عبد الغير لانه لا يستبد بالتصرف اذ للمولى منعه بخلاف
الاول لانه ليس للقاضي ولا للصغار منعه بعد ما ثبت الايصاء اليه وكذا
ليس لهم بيعه وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم فصار كالمكاتب والوصاية
تتجزى على ما رواه الحسن عن ابي حنيفة كما اذا اوصى الى رجلين احدهما
يكون في الدين والاخر في العين يكون كل واحد منهما وصيا فيما اوصى اليه خاصة

او

او نقول يصار اليه كيلا يؤدي الى ابطال اصله وتغييرا لوصف بابطال
عموم الولاية اولى من ابطال اصل الايصاء وقول محمد فيه مضطرب يروى
مع ابي حنيفة ويروى مع ابي يوسف **قال** والا اي ان لم يكن الورثة
صغارا بان كان كلهم او بعضهم كبارا لا يجوز الايصاء اليه لان للكبير ان يمنعه
او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بما التزم فلا يفيد
قال ومن عجز عن القيام بها ضم اليه غيره لان في الضم رعاية الحقين
حق الموصي وحق الورثة لان تكميل النظر يحصل به لان النظر يتم باعانة غيره
ولو شكى الوصي اليه ذلك فلا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي
قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ولو ظهر للقاضي عجزه اصلا استبدل به
غيره رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف وهو امين فيه ليس
للقاضي ان يخرجه لانه مختار الميت ولو اختار غيره كان دونه فكان ابقاؤه
اولى الا ترى انه قدم على ابي الميت وهو شفقته فاولى ان يقدم على
غيره وكذا اذا اشتكت الورثة او بعضهم الوصي اليه لا ينبغي له ان يعزله حتى يبدو
له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت الخيانة فاتت
الامانة والميت انما اختاره لاجلها وليس من النظر ابقاؤه بعد فواتها
وهو لو كان حيا لاخرجه منها فينوب القاضي منابه عند عجزه ويقيم غيره
مقامه كانه مات ولا وصي له **قال** وبطل فعل احد الوصيين اي اذا
اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف في مال الميت فان تصرف فيه فهو
باطل وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ينفرد كل واحد منهما
بالتصرف ثم قيل الخلاف فيما اذا اوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة واما
اذا اوصى اليهما بعقد واحد فلا ينفرد احدهما بالاجماع كذا ذكره الكسائي
وقيل الخلاف فيما اذا اوصى اليهما معا بعقد واحد واما اذا اوصى الى
كل واحد منهما بعقد على حدة ينفرد احدهما بالتصرف بالاجماع ذكره الحلواني
عن الصفار قال ابو الليث وهو الاصح وبه ناخذ وقيل الخلاف في الفصلين
جميعا ذكره ابو بكر الاسكاف وقال في المبسوط وهو الاصح بخلاف الوكيلين
اذا وكلهما متفرقا حيث ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بالاجماع والفرق ان
ضم الثاني في الايصاء دليل على عجز الاول عن المباشرة وحده وهذا لان
الايصاء الى الثاني يقصد به الاشراك مع الاول وهو يملك الرجوع عن
الوصية الى الاول فيملك اشراك الثاني معه وقد يوصي الانسان الى
غيره على انه يتمكن من اتمام مقصوده وحده ثم يتبين له عجزه عن ذلك فيضم
اليه غيره فصار بمنزلة الايصاء اليهما معا ولا كذلك الوكالة فان راي

قائم ولو كان الوكيل عاجزا لباشر بنفسه لتمكنه من ذلك ولما وكل علم ان
مراده ان ينفرد كل واحد منهما بالتصرف ولان وجوب الوصية عند الموت
فتثبت لهما معا بخلاف الوكالة المتعاقبة فاذا ثبت ان الخلاف
فيهما معا فابو يوسف رحمه الله يقول ان الوصاية سبيلها الولاية
وهي وصف شرعي لا يتجزى فيثبت لكل واحد كملا كولاية الانكاح للاخوين
وهذا لان الوصاية خلافة وانما تتحقق الخلافة اذا انتقلت اليه على
الوجه الذي كان ثابتا للموصي وقد كانت بوصف الكمال فينتقل اليه كذلك
ولان اختيار الموصي اياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فصار
كمواضع الاستثناء ولهما ان الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض
وهو وصف الاجتماع لانه شرط مفيد اذ رأي الواحد لا يكون كرأي المثنى ولم
يرض الموصي الا بالمثنى فصار كل واحد في هذا السبب بمنزلة شطر العلة
وهو لا يثبت به الحكم فكان باطلا بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب
هناك القرابة وقد قامت بكل واحد منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها
على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفو يخطبها يجب عليه وههنا حق التصرف
للوصي ولهذا بقي مخيرا في التصرف ففي الاول اوفى حقا على صاحبه وفي
الوصيين استوفى حقا لصاحبه فلا يصح نظير الاول ايفاء دين عليهما ونظير
الثاني استيفاء دين لهما حيث يجوز في الاول دون الثاني بخلاف مواضع
الاستثناء لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية على ما نبينه ومواضع
الضرورة مستثناة ابدا وهو ما استثناه في الكتاب واخواتها فقال الا في
غير التجهيز وشراء الكفن لان في التاخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران
ايضا في الحضر والرفقة في السفر وحاجة الصغار والاتهاب لهم لانه يخاف
هلاكهم من الجوع والعري وانفراد احدهما بذلك احياء الصغار ولهذا لا
يملكه كل من هو في يده ورد وديعة عين وقضاء دين لانه ليس من باب الولاية
وانما هو من باب الاعانة الا ترى ان صاحب الحق يملكه اذا ظفر به بخلاف
اقتضاء دين الميت لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض ولان فيه معنى المبادلة
وعند اختلاف الجنس حقيقة المبادلة ورد المغصوب ورد المبيع في البيع
الفاسد من هذا القبيل وكذا حفظ المال لان ذلك ينفرد به احدهما دون
صاحبه وتنفيذ وصية معينة وعتق عبد عين لانه لا يحتاج فيه الى الرأي
والخصومة في حقوق الميت لان الاجتماع فيه متعذر ولهذا ينفرد بها احد
الوكيلين ايضا ومن اخواتها بيع ما يخشى عليه التوى من المال وجمع الاموال
الضائعة لان في التاخير خيفة الفوات فكان فيه ضرورة لا يخفى ولانه

يملكه

يملكه كل من هو في يده فلم يكن من باب الولاية ولو مات احدهما جعل القاضي
مكانه وصيا آخر اما عندهما فظاهر لان الباقي منهما عاجز عن الانفراد
بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا نظرا للميت عند عجز الميت واما عند ابي
يوسف فلان الحي منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصي قصد ان يخلفه
وصيان متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصي آخر مكان الاول
قال ووصي الوصي وصي في التركتين اي اذا مات الوصي فاوصى الى غيره
فهو وصي في تركته وتركة الميت الاول وقال الشافعي لا يكون وصيا في تركة
الميت الاول لان الميت فوض اليه التصرف ولم يفوض اليه الايصاء الى غيره فلا
يملكه ولانه رضي برأيه ولم يرض برأي غيره فصار كوصي الوكيل فانه يكون
وصيا في مال الوكيل خاصة دون مال الموكل ولان العقد لا يقتضي مثله
الا ترى ان الوكيل ليس له ان يوكل ولا للمضارب ان يضارب فكذا الوصي ليس
له ان يوصي في مال الموصي اليه ولنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه
فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا ترى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي
تنتقل الى الوصي ولهذا يقدم على الجد ولو لم تنتقل اليه لما تقدم عليه
كالوكيل لما لم تنتقل اليه الولاية لا يتقدم على الجد بل يتقدم عليه الجد وينعزل
بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا فاذا انتقلت اليه الولاية ملك الايصاء
والذي يوضح ذلك ان الولاية التي كانت للموصي تنتقل الى الجد في النفس والى
الوصي في المال ثم الجد قام مقام الاب فيما انتقل اليه حتى ملك الايصاء
فيه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولاية
وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته في التركتين
ولا نسلم انه لم يرض برأي من اوصى اليه الوصي بل وجد ما يدل عليه لانه
لما استعان به في ذلك مع علمه انه تعتريه المنية صار راضيا بايصائه الى
غيره لا سيما على تقدير حصول الموت قبل تتميم مقصوده وتلافي ما فرط
فيه بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلم يوجد
دلالة الرضا بالتفويض الى غيره بتوكيل او ايصاء **قال** وتصح قسمته عن
الورثة مع الموصى له ولو عكس لا اي قسمة الوصي مع الموصى له عن الورثة جائزة
وعكسه لا يجوز وهو ما اذا قاسم الوصي الورثة عن الموصى له لان الوارث خليفة
الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث والوصي
ايضا خليفة الميت فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فنفذت قسمته
عليه حتى لو حضر الغائب وقد هلك ما في يد الوصي ليس له ان يشارك الموصى له
اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا

لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشرا الموصى فلا يكون خصما
عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان
القسمة لم تنفذ عليه غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ
في التركة كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان
الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى
ما بقي على الشركة ولا فرق في ذلك بين ان يكون الورثة كبارا او صغارا
لانه له ولاية البيع في مال الصغار والقسمة في معنى البيع وله ولاية الحفظ
في مال الكبار فجاز له بيعه للحفظ الا العقار فانه محفوظ بنفسه فلا يجوز
له بيعه وهذا في معنى البيع فلا تصح قال فلو قاسم الورثة واخذ نصيب
الموصى له فضاع رجع بثلث ما بقي اي لو قاسم الوصي الورثة واخذ نصيب
الموصى له فضاع ذلك في يده رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا ان الموصى له
شريك الورثة فيرجع الموصى له على ما في ايدي الورثة ان كان باقيا فياخذ
ثلثه لعدم صحة القسمة في حقه وان هلك في ايديهم فله ان يضمنهم قدر
ثلث ما قبضوا وان شاء ضمن الوصي ذلك القدر لانه متعد فيه بالدفع اليهم
والورثة بالقبض فيضمن ايهما شا قال وان اوصى الميت بحجة فقاسم
الورثة فهلك ما في يده او دفع الى من يحج عنه فضاع في يده يحج عن الميت بثلث
ما بقي اي اذا اوصى بان يحج عنه فقاسم الوصي الورثة فهلك ما في يد
الوصي يحج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع
ما دفع اليه يحج عنه بثلث الباقي وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ان كان المفرز مستغرقا للثلث بطلت الوصية ولم يحج عنه وان لم يكن
مستغرقا للثلث يحج عنه بما بقي من الثلث الى تمام ثلث الجميع وقال محمد رحمه
الله لا يحج عنه بشي وقد قررناه في المناسك قال وصح قسمة القاضي
واخذه حظ الموصى له ان غاب اي ان غاب الموصى له لان الوصية صحيحة
وان كان قبل القبول ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية
ميراثا لورثته والقاضي ناظر في حق العاجز وافراز نصيب الغايب وقبضه
من النظر فنفذ ذلك عليه وصح حتى لو حضر الغايب وقد هلك المقبوض
في يد القاضي او امينه لم يكن له على الورثة سبيل ولا على القاضي وهذا في
المكيل والموزون لانه افراز ومعنى المبادلة فيه تابع حتى جاز اخذه لاحد
الشريكين من غير قضا ولا رضا وكذا يجوز بيع نصيبه مرابحة واما ما لا يكال
ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغير لا يجوز
فكذا القسمة قال وبيع الوصي عبدا من التركة لغيبة الغرما اي صح

بيع الوصي عبدا لاجل الغرما لان الوصي قايم مقام الموصي ولو تولاه
بنفسه حال حياته يجوز بيعه وان كان مريضا مرض الموت بغير محضر الغرما
فكذا الوصي لقيامه مقامه وهذا لان حق الغرما متعلق بالمالية
لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف
العبد الماذون له في التجارة حيث لا يجوز للمولى بيعه لان للغرما فيه
حق الاستسعا بخلاف ما نحن فيه قال وضمن الوصي ان باع عبدا
اوصي ببيعه وتصدق بثمنه بعد هلاك ثمنه عنده مستحقا اي اذا اوصى
ببيع عبده والتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن
فضاع الثمن في يده وهو المراد بالهلاك المذكور في المختصر ثم استحق
العبد بعد ذلك ضمن الوصي الثمن للمشتري لانه هو العاقد فتكون العهدة
عليه وهذه عهدة لان المشتري منه لم يرض ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع
ولم يسلم فقد اخذ البايع وهو الوصي مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده
قال ويرجع في تركة الميت لانه عامل له فيرجع به عليه كالوكيل
وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا لا يرجع الوصي على احد لانه تبين
بطلان الوصية باستحقاق العبد فلم يكن عاملا للورثة فلا يرجع
عليهم بشي ثم رجع الى ما ذكرهنا ويرجع في جميع التركة وعن محمد رحمه الله
انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية
الثلث ونحن لا نسلم انه يرجع عليه بحكم الوصية بل بحكم الغرور وذلك دين
عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي وامينه اذا تولى البيع
حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي تتعطل القضا لانه يمتنع عن
التقلد بهذه الامانة خشية لزوم الضمان فيتعطل مصلحة العامة
وامينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر
في اخر كتاب القضا وان كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها وفا لم يرجع
بشي كما في ساير ديون الميت وفي المنتقى يرجع الوصي في مال الميت بشي
وانما يرجع على المساكين الذين تصدق عليهم بالثمن لان غنمه لهم فكان غرمه
عليهم قال وفي مال الطفل اذا باع عبده واستحق وهلك الثمن في يده
اي اذا باع الوصي مال الصغير وقبض الثمن فهلك في يده واستحق المال
المبيع رجع في مال الصغير لانه عامل له قال ويرجع على الوارث في حصته
اي الصبي يرجع على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه
قال وصح احتياله بماله لو خيرا اي يجوز احتيال الوصي بمال اليتيم اذا
كان فيه خير بان يكون الثاني املى اذ الولاية نظرية وان كان الاول املى

لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على تقدير التوى وهو على تقدير ان يحكم به
بسقوطه حاكم يرى سقوط الدين اذا مات الثاني مفلسا او جحد الحوالة
ولم يكن له عليه بينة ولا يرى رجوع الدين على الاول **قال** وبيعه وشراؤه
بما يتغابن اي يجوز بيع الوصي او شراؤه بما يتغابن الناس في مثله ولا يجوز
بما لا يتغابن الناس لان الولاية نظرية ولا نظر في الغبن الفاحش بخلاف
اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابه بخلاف العبد والصبي
المأذون لهما في التجارة والمكاتب حيث يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش
عند ابي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر والوصي يتصرف
بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان
التصرف بالغبن الفاحش تبرع وهو ليس من اهله ولا ضرورة اليه وهذا
اذا تبايع الوصي للصغير مع الاجنبي واما اذا اشترى شيئا من مال اليتيم
لنفسه او باع شيئا منه من نفسه جاز عند ابي حنيفة واحدى الروايتين عن
ابي يوسف اذا كان لليتيم فيه منفعة ظاهرة وتفسيرها ان يبيع ما يساوي
خمسة عشر بعشرة من الصغير او يشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر للصغير
من نفسه واما اذا لم يكن فيه منفعة ظاهرة لليتيم فلا يجوز وعلى قول محمد
وظاهر الروايات عن ابي يوسف انه لا يجوز على كل حال هذا في وصي الاب واما
وصي القاضي فلا يجوز بيعه من نفسه بكل حال لانه وكيله وللاب ان يشتري
شيئا من مال الصغير لنفسه اذا لم يكن فيه ضرر على الصغير بان كان بمثل
القيمة او بغبن يسير وقال المتاخرون من اصحابنا لا يجوز للوصي بيع عقار
الصغير الا ان يكون على الميت دين او يرغب المشتري فيه بضعف الثمن او يكون
للصغير حاجة الى الثمن قال الصدر الشهيد وبه يفتى **قال** وبيعه
على الكبير في غير العقار اي بيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء
الا في العقار لان الاب يلي ما سوى العقار ولا يليه فكذا وصيه لانه يقوم
مقامه وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا ولا الاب كما لا
يملكه على الكبير الحاضر الا انه لما كان فيه حفظ ماله جاز استحسانا فيما يتسارع
اليه الفساد لان حفظ ثمنه ايسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه واما العقار
فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع ولو كان عليه دين باع العقار
ثم ان كان الدين مستغرقا باع كله بالاجماع وان لم يكن مستغرقا باع بقدر
الدين عندهما لعدم الحاجة الى اكثر من ذلك وعند ابي حنيفة جاز له بيعه
كله لانه يبيعه بحكم الولاية فاذا ثبتت في البعض ثبتت في الكل لانها لا تتجزأ
ولو خيف هلاكه يملك بيعه لانه تعين حفظا كالمنقول والاصح انه لا يملك

لانه

لانه نادر **قال** ولا يتجر في ماله اي الوصي لا يتجر في مال اليتيم لان
المفوض اليه الحفظ دون التجارة ووصي الاخ والعم او الام في مال
تركها ميراثا للصغير بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب لان الوصي قائم
مقام الموصي وكان للموصي ان يتصرف في ماله بنفسه فكذا الوصي ان يبيعه
للحفظ بخلاف مال اخر للصغير غير ما تركه الموصي حيث لا يملك الوصي بيعه
لان الوصي قائم مقام الموصي وليس لواحد من هؤلاء التصرف في مال الصغير
فكذا الوصي بخلاف وصي الاب او الجد الاب حيث يكون له ولاية التصرف
في مال الصغير مطلقا من غير تقييد بما تركه ميراثا له لانه قائم مقام
الموصي وللاب او الجد التصرف في جميع ماله فكذا لوصيه **قال** ووصي
الاب احق بمال الطفل من الجد وقال الشافعي رحمه الله الجد احق لان الشرع
اقامه مقام الاب عند عدمه حتى احرز ميراثه فيتقدم على وصيه ولنا ان
ولاية الاب تنتقل اليه بالايصاء فكانت ولايته قائمة معنى فيتقدم عليه كالاب
نفسه وهذا لان اختياره الوصي مع علمه بوجود الجد يدل على ان تصرفه انظر
لاولاده من تصرف الجد **قال** فان لم يوص الاب فالجد كالاب لانه اقرب
الناس اليه واشفقهم عليه حتى ملك الانكاح دون الوصي غير انه ان اوصى
الاب تقدم عليه الوصي في التصرف في المال لما بينا دون غيره وان لم يوص
يبقى على حاله **فصل في الشهادة** **قال** رحمه الله شهد
الوصيان ان الميت اوصى الى زيد معهما لغت اي بطلت الشهادة لانهما
يجران نفعا لانفسهما باثبات المعين لهما فترد للتهمة فان ادعى ضم القاضي
اليهما ثالثا لان في ضمن شهادتهما اقرارا منهما بوصي اخر معهما للميت واقرارهما
حجة على انفسهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه فصار في حقهما
بمنزلة ما لو مات احد الاوصياء الثلاث وجاز ذلك للقاضي مع وجود الوصي
لامتناع تصرفهما بدونه فصار كانه مات ولم يوص الى احد فيضم اليهما ثالثا
ليمكنهم التصرف **قال** الا ان يدعي زيد اي يدعي انه وصي معهما فحينئذ
تقبل شهادتهما وهذا استحسان والقياس ان لا تقبل لما قلنا وجه الاستحسان
انه يجب على القاضي ان يضم اليهما ثالثا على ما بينا انفا فيسقط بشهادتهما
مؤنة التعيين عنه فيكون وصيا معهما بنصب القاضي اياه كما اذا مات
ولم يترك وصيا فانه ينصب وصيا ابتداء فهذا اولى **قال** وكذا
الابنان اي اذا شهد الابنان بان اباهما اوصى الى رجل وهو ينكر لا تقبل
شهادتهما لانهما يجران نفعا الى انفسهما بنصب حافظ للتركة وكانا
متهمين فلا تقبل شهادتهما لقول شريح رضي الله عنه لا اقبل شهادة

حضر وهو مرتب اي المتهم وان ادعى المشهود له الوصاية يقبل استحسانا على انه نصب وصيا ثالثا على ما ذكرنا في شهادة الوصيين بذلك بخلاف ما اذا شهدا انا ابانا وكل هذا الرجل بقبض ديونه بالكوفة حيث لا يقبل سواء ادعى الرجل الوكالة او لم يدع لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الحي فبطلانها ذلك بخلاف الوصية **قال** وكذا لو شهدا لوارث صغير بمال اي لو شهد الوصيان لوارث صغير بمال فشهادتهما باطلة لانهما شاهدان ولاية التصرف لانفسهما في ذلك المال فصارا متهمين او خصمين **قال** او لكبير بمال الميت اي او شهد الوصيان لوارث كبير بمال الميت لا تقبل شهادتهما ايضا لانهما يثبتان ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول لانفسهما عند غيبة الوارث بخلاف شهادتهما للكبير في غير التركة لانقطاع ولايتهما عنه لان الميت اقامهما مقام نفسه في تركته لا في غيرها بخلاف ما اذا كان الوارث صغيرا والموصى اباه حيث لا تقبل شهادتهما في الكل لان لوصي الاب التصرف في مال الصغير جميعه فيكونان متهمين فلهذا لم يتقيد بالمال الموروث منه في حق الصغير وقيد به في الكبير وهذا عند ابي حنيفة وقالا اذا شهدا الوارث كبير تجوز في الوجهين اي فيما تركه الموصى وغيره لان ولاية التصرف لا تثبت لهما في مال الميت اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة بخلاف ما اذا كانت صغارا على ما بيناه والحجة عليهما ما بيناه **قال** ولو شهد رجلان لرجلين على ميت بدين الف درهم وشهد الاخران للاولين بمثله تقبل وان كانت شهادة كل فريق بوصية الف لا وهذا عند محمد رحمه الله وقال ابو يوسف لا تقبل في الدين ايضا وروى ابو حنيفة مع محمد ويروى مع ابي يوسف وعن ابي يوسف مثل قول محمد وروى الحسن عن ابي حنيفة انهم اذا جاؤا معا وشهدوا فالشهادة باطلة وان شهد اثنان لاثنين فقبلت شهادتهما ثم ادعى الشاهدان بعد ذلك على الميت بالف درهم فشهد لهما الفريقان الاولان تقبل وجه قول محمد رحمه الله ان الدين في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة فيه اذا لم يجب بسبب واحد ولهذا لو تبرع احدهما بما قبضه لا يكون للاخر حق المشاركة ولا ينتقل بالموت من الذمة الى التركة الا ترى اذا التركة لو هلكت لا يسقط الدين وان للوارث ان يتخلص التركة بقضاء الدين من محل اخر فلا يمكن الشركة بينهما فصار كما اذا شهد الفريقان في حال حياته بخلاف الوصية فان حق الموصى له يتعلق بعين التركة حتى لا يبقى بعد هلاك التركة وليس للوارث ان يتخلص التركة ويعطيه من محل اخر ولو قبض احد الفريقين شيئا كان للفريق الاخر حق المشاركة فكان كل فريق مثبتا لنفسه حق المشاركة في

التركة

التركة فلا تصح شهادتهما ولابي يوسف رحمه الله ان الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة ولهذا لا يثبت الملك فيها للوارث ولا ينفذ تصرفه فيها اذا كانت مستغرقة بالدين فشهادة كل فريق تلاقي محلا مشتركا فصار نظير مسئلة الوصية فلا يقبل بخلاف الشهادة في حالة الحياة لان الدين في ذمته لبقائها لا في المال فلا يتحقق الشركة ووجه رواية الحسن انهما اذا جاءا معا كان ذلك بمعنى المعاوضة فتتفاحش التهمة فترد بخلاف ما اذا كانا على التعاقب لان الاول قد مضى وثبت به الحق بلا تهمة والثاني لا يزاحمه الاول عنده ومن فصار كالاول والوصية بجزء شائع كالوصية بالدراهم المرسلة فيما ذكرنا من الاحكام حتى لا يقبل فيها شهادة الفريقين لانها تثبت الشركة ولو شهد رجلان انه اوصى لرجلين بعين كالعبد وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله او بالدراهم المرسلة فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة بخلاف ما اذا شهد رجلان لرجلين انه اوصى لهما بعين وشهد المشهود لهما للشاهدين الاولين انه اوصى لهما بعين اخرى حيث تقبل الشهادتان لانه لا شركة فلا تهمة والله اعلم بالصواب

كتاب الخنثى

قال هو من له فرج وذكر اي الخنثى من له فرج المرأة وذكر الرجل والحق به من عرى عن الاثنين جميعا وهو في اللغة تدل على التكسر واللين ومنه يقال يخنث في كلامه اذا لان وتكسر اعلم ان الله تبارك وتعالى خلق البشر ذكرا وانثى كما قال تعالى وبث منهما رجالا كثيرا ونساء وقال عز وجل يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور وقد بين حكم كل واحد منهما ولم يبين حكم من هو ذكر وانثى فدل على انه لا يجتمع الوصفان في شخص واحد وكيف يجتمعان وبينهما مضادة وقد جعل علامة التمييز بينهما انه الالة ثم قد يقع الاشتباه بان يوجد الالتان ولا يوجد التمييز **قال** فان بال من الذكر فغلام وان بال من الفرج فانثى لانه عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله وروي ان قاضيا من العرب في الجاهلية رفع اليه هذه الواقعة فجعل يقول هو رجل وامرأة فاستبعد قومه ذلك فتحير ودخل بيته فجعل يتقلب على فراشه ولا يأخذه النوم لتحيره وكانت له بنية تغمز رجله فسألته عن تفكره فاخبرها بذلك فقالت دع المحال واتبع الحكم المبال فخرج الى قومه فحكم بذلك فاستحسنوه فعرف بذلك ان هذا الحكم كان في الجاهلية فاقره الشرع ولانه البول من اي عضو كان فهو دليل

على انه هو العضو الاصلي الصحيح والاخر بمنزلة العيب وذلك لان ما يقع
به الفصل عند الولادة لان منفعة تلك الآلة خروج البول منها وذلك
عند انفصاله من امه وما سوى ذلك من المنافع يحدث بعده فيعلم بذلك
انه هو الاصلي قال وان بال منهما فالحكم للاسبق لانه دليل على انه هو
العضو الاصلي ولانه كما خرج البول حكم بموجبه لانه علامة تامة فلا
يتغير بعد ذلك بخروج البول من الآلة الاخرى قال فان استويا في
السبق فمشكل لعدم المرجح قال ولا عبرة بالكثرة وهذا عند ابي
حنيفة وقالا ينسب الى اكثرهما بولا لانه يدل على انه هو العضو الاصلي
ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع فيترجح بالكثرة وله ان كثرة ما
يخرج ليس بدليل على القوة لان ذلك لاتساع المخرج وضيقه لا لانه
هو العضو الاصلي ولان نفس الخروج دليل بنفسه فالكثرة من جنسه لا
يقع بها الترجيح عند المعارضة كالشاهدين والاربعة وقد استقبح
ابو حنيفة اعتبار ذلك فقال وهل رأيت قاضيا يكيل البول بالاواقي
قال فان بلغ وخرجت له لحية او وصل الى النساء فهو رجل وكذا اذا
احتلم من الذكر لان هذه من علامات الذكور قال وان ظهر له ثدي
او لبن او حبل او امكن الوطء فهو امرأة لان هذه من علامات النساء قال
وان لم تظهر له علامة او تعارضت فمشكل لعدم ما يوجب الترجيح
وعن الحسن انه تعد اضلاعه فان ضلع الرجل يزيد على ضلع المرأة بواحد
قال فيقف بين صف الرجال والنساء لانه يحتمل ان يكون ذكرا
ويحتمل ان يكون انثى فان كان ذكرا تفسد صلاته بالوقوف في صف
النساء وتبطل صلاة من يحاذيه ان كان انثى فلا يتخلل الرجال ولا
النساء فان وقف في صف النساء فان كان بالغا يعيد صلاته منفردا وان
كان مراهقا يستحب له ان يعيد والاصل في احكامه ان يؤخذ بالاحوط
فالاحوط ان يعيد الذي عن يمينه ويساره والذي خلفه الصلاة
احتياطا لاحتمال انه امرأة ويستحب ان يصلي بقناع لاحتمال انه
امرأة ولو كان بالغا حرا يجب عليه ذلك ويجلس في صلاته جلوس المرأة
لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة
فقد ارتكبت مكروها بجلوسها جلوس الرجال قال وتبتاع
له امة تختنه يعني بماله لانه يجوز لمملوكته النظر اليه مطلقا ان
كان ذكرا وللضرورة ان كان انثى ويكره ان يختنه رجل لاحتمال انه انثى
او امرأة لاحتمال انه ذكر فكان الاحتياط فيما ذكرنا لانه لا يجوز على تقدير

ان يكون ذكرا وعلى تقدير ان يكون انثى نظر الجنس اخف قال وان لم
يكن له مال فمن بيت المال ثم تباع لان بيت المال اعد لنوائب المسلمين
ان يكون ذكرا فيدخل في ملكه بقدر الحاجة وهي حاجة الختان فاذا اختتنه
تباع ويرد ثمنها الى بيت المال ولو زوج امرأة تختنه ثم طلقها جاز لانه
ان كان ذكرا صح النكاح وان كان انثى فنظر الجنس اخف ثم يفرق بينهما لاحتمال
انه انثى فلا نكاح بينهما ويطلق لاحتمال انه ذكر فيصح النكاح بينهما فيحصل
الفرقة ثم تعتد ان خلا بها احتياطا ويكره له لبس الحرير والحلي وان
ينكشف قدام الرجال او قدام النساء وان يخلو به غير محرم من رجل وامرأة
وان يسافر من غير محرم او مع امرأة من محارمه لاحتمال انه امرأة فيكون سفر
امرأتين بلا محرم كل ذلك احترازا عن ارتكاب المحرم وان احرم وهو مراهق
قال ابو يوسف لا علم لي في لباسه لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان
كان انثى يكره له تركه وقال محمد رحمه الله يلبس لباس المرأة لان تركها
لبس المخيط وهي امرأة افحش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لانه صغير
لم يبلغ ولو حلف بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت
خنثى لم يقع شيء حتى يستبين امره لان الحنث لم يثبت بالشك ولو قال
كل عبد لي حر او قال كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لا يعتق حتى يستبين
امره لما قلنا وان قال القولين جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين لانه
ليس بمهمل وان قال الخنثى انا رجل او امرأة لم يقبل قوله اذا كان
مشكلا لانه دعوى بلا دليل وذكر في النهاية معزيا الى الذخيرة ان قال
الخنثى المشكل انا ذكر او انثى كان القول قوله لان الانسان امين في
حق نفسه والقول قول الامين ما لم يعرف خلاف ما قال الا ترى ان المعتدة
اذا قالت انقضت عدتي وانكر الزوج كان القول قولها ما لم يعرف
خلاف قولها بان قالت في مدة لا تنقضي في مثلها العدة والاول ذكره
في الهداية وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امرأة لان
حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى لاحتمال الحرمة وييمم
بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضر مع غسل رجل ولا امرأة لاحتمال انه
ذكر او انثى ويستحب ان يسجى قبره لانه ان كان انثى اقيم واجب وان كان
ذكرا لا تضره التسجية واذا اراد ان يصلي عليه وعلى رجل وامرأة وضع
الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الانثى فيؤخر عن الرجل
لاحتمال انه امرأة ويتقدم على المرأة لاحتمال انه رجل ولو دفن مع رجل
في قبر واحد للعذر يجعل خلف الرجل لاحتمال انه امرأة ويجعل بينهما

حاجز من صعيد ليكون في حكم القبرين وكذا في الرجلين اذا دفنا في قبر
واحد وان دفن مع امراة قدم الخنثى لاحتمال انه رجل وان جعل على السرير
نعش المراة فهو احب لاحتمال انه عورة ويكفن في خمسة اثواب كما تكفن المراة
وهو احب لاحتمال انه انثى ويدخل قبره ذو رحم محرم منه لاحتمال انه انثى
قال رحمه الله وله اقل النصيبين اي لو مات مورثه كان له الاقل
من نصيب الذكر ومن نصيب الانثى فانه ينظر نصيبه على انه ذكر وعلى انه
انثى فيعطى الاقل منهما وان كان محروما على احد التقديرين فلا شيء له
مثاله اخوان لاب وام احدهما خنثى مشكل كان المال بينهما اثلاثا للاخ
الثلثان وللخنثى الثلث فيقدر انثى لانه اقل ولو قدر ذكرا كان له
النصف ولو تركت امراة زوجا واما واختا لاب وام هي خنثى كان للزوج
النصف وللام الثلث وللخنثى ما بقي وهو السدس على انه عصبة لانه اقل
ولو قدر انثى كان له النصف وكانت المسئلة تعول الى ثمانية ولو تركت
زوجا واما واخوين لام واخا لاب وام هو خنثى كان للزوج النصف
وللام السدس وللاخوين لام الثلث ولا شيء للخنثى لانه عصبة ولم يفضل
له شيء ولو قدر انثى كان له النصف وعالت المسئلة الى تسعة ولو ترك
الرجل ولد اخ هو خنثى وعما لاب وام او لاب كان المال للعم ويقدر الخنثى
انثى لان بنت الاخ لا ترث ولو قدر ذكرا كان المال له دون العم لان ابن الاخ
مقدم على العم وقال الشعبي للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى
وعن ابن عباس مثله لانه مجهول والتوزيع على الاحوال عند القسمة طريق
معهود في الشرع كما في العتق المبهم والطلاق المبهم اذا تعذر البيان
فيه بموت المولى قبل البيان ولنا ان الحاجة الى اثبات المال ابتداء فلا
يثبت مع الشك وهذا لان الشك في وجوب المال بسبب اخر
غير الميراث بخلاف المستشهد به لان فيه سبب الاستحقاق متيقن به وهو
الانشاء السابق ومحليته كل واحد من العبدين والمرأتين لحكم ذلك السبب
ثابتة لكل واحد منهما على السواء من غير ترجيح احدهما على الاخر وفيما نحن
فيه الشك وقع في سبب الاستحقاق لان وصف الذكورة والانوثة
سبب الاستحقاق المقدر اذ كان اصل القرابة سببا لاصل الارث
والزائد للخنثى متيقن بسبب استحقاقه فلا يجوز ابطاله ولا ينتقص منه
بالشك قال فلو مات ابوه وترك ابنا له سهمان وللخنثى سهم لانه
الاقل وهو متيقن فيستحقه وعلى قول الشعبي نصف ميراث ذكر ونصف
ميراث انثى واختلف ابو يوسف ومحمد في تخريج قول الشعبي فقال ابو يوسف

المال بينهما على سبعة اسهم اربعة للذكر وثلاثة للخنثى اعتبر نصيب كل واحد
منهما حالة انفراده فان الذكر لو كان وحده كان له كل المال والخنثى لو
كان وحده اذا كان ذكرا كان له كل المال وان كان انثى كان له نصف المال
فيأخذ نصف النصيبين نصف الكل ونصف النصف وذلك ثلاثة ارباع
المال وللابن كل المال فيجعل كل ربع سهما فبلغ سبعة اسهم للابن اربعة
وللخنثى ثلاثة وانما كان كذلك لان الابن يستحق الكل عند الانفراد والخنثى
ثلاثة الارباع وليس بينهما كل وثلاثة ارباع فيضرب كل واحد منهما بجميع
حقه اعتبارا بطريق العول والمضاربة وقال محمد رحمه الله المال بينهما
على اثني عشر سهما سبعة للابن وخمسة للانثى للخنثى يعتبر هو نصيب كل
واحد منهما في حالة الاجتماع فيقول لو كان الخنثى ذكرا كان المال بينهما
نصفين ولو كان انثى كان اثلاثا فالقسمة على تقدير ذكورته من اثنين
وعلى تقدير انوثته من ثلاثة وليس بينهما موافقة فيضرب احدهما في
الاخر فيبلغ ستة للخنثى على تقدير انه انثى سهمان وعلى تقدير انه ذكر
ثلاثة فله نصفا النصيبين وليس للثلاثة نصف صحيح فنضرب الستة
في اثنين فيبلغ اثني عشر فيكون للخنثى ستة على تقدير انه ذكر واربعة على
انه انثى فيأخذ نصف النصيبين خمسة لان نصف الستة ثلاثة ونصف
الاربعة اثنان هو اعتبر الاحوال في كل حادثة في حق الخنثى وفي حق غيره
ايضا من الورثة حتى يأخذ كل واحد من الورثة نصف ما يصيبه على التقديرين
الا ترى ان الابن يأخذ في هذه المسئلة سبعة لان نصيب الابن على تقدير
ان الخنثى ذكر ستة وعلى تقدير انه انثى ثمانية فنصف النصيبين سبعة
ولو كانت معهما بنت فعند ابي يوسف تكون المسئلة من تسعة لان نصيب
البنت النصف حالة انفرادها وللابن الكل وللخنثى ثلاثة ارباع
حال انفراد كل منهما فيجعل كل ربع سهما فيبلغ تسعة وعند محمد رحمه الله
له خمس وثمن لانه على تقدير انه ذكر كان له خمسان فله نصفه وهو الخمس
وعلى تقدير انه انثى كان له ربع فله نصفه وهو الثمن فمخرج الخمس من
خمسة ومخرج الثمن من ثمانية وليس بينهما موافقة فيضرب احدهما
في الاخر فيبلغ اربعين ومنها تصح المسئلة فللخنثى خمسها ثمانية
وثمنها خمسة فاجتمع له ثلاثة عشر سهما وللبنت على تقدير ان الخنثى
انثى الربع عشرة وعلى تقدير انه ذكر الخمس ثمانية فيكون لها نصف
النصيبين تسعة وللخنثى على تقدير انه ذكر خمسان وهو ستة عشر وعلى
تقدير انه انثى ربع وهو عشرة فيكون له نصف النصيبين ثلاثة عشر

وللابن خمسان على تقدير ذكورته ونصف على تقدير انوثته فله نصف
النصيبين ثمانية عشر وعلى هذا يخرج لو كانوا اكثر من ذلك على المذهبين
فابو يوسف يجعل لكل بنت سهمين ولكل ابن اربعة ولكل خنثى ثلاثة
ولو كان من كل جنس مائة نفس ومحمد يقسم المال بينهم باعتبار تلك الحالة
على التقديرين ويعطي لكل واحد منهم نصف نصيبه على التقديرين
ولو كان معهم ذو سهم اخذ سهمه وقسم الباقي بينهم على ما ذكرنا على المذهبين
وروي عن ابي يوسف مثل قول الشعبي قالوا رجع اليه اخرا وقال شمس
الائمة رجع الى قول الشعبي ولم ياخذ به ولو اوصى رجل لما في بطن فلانة
بالف درهم ان كان ذكرا وبخمسمائة ان كان انثى فولدت خنثى اعطي الاقل
ووقف الباقي حتى يتبين امره وعلى قياس قول الشعبي يجب له سبعمائة
وخمسون نصف الوصيتين وعندنا يعطى الاقل وهو خمسمائة ومن
احكام الخنثى المشكل انه لو قبله رجل بشهوة لم يتزوج امه الا اذا تبين
انه ذكر لاحتمال انه انثى فثبت به حرمة المصاهرة وكذا اذا قبلته
امراة لا تتزوج بابيه لما ذكرنا وان زوجه ابوه او مولاه امراة او رجلا
لا يحكم بصحته حتى يتبين حاله انه رجل او امراة فاذا ظهر انه خلاف ما
زوج به تبين ان العقد كان صحيحا الا انه بطل لعدم مصادفة المحل
وكذا اذا زوج الخنثى من خنثى اخر لا يحكم بصحة النكاح حتى يظهر ان احدهما
ذكر والاخر انثى وان ظهر انهما ذكران او انثيان بطل النكاح ولا
يتوارثان اذا ماتا قبل التبين لان الارث لا يجري الا بعد الحكم بصحة
النكاح ولا حد على قاذفه بمنزلة المجبوب والرتقاء اذا قذفا لانه
ان كان رجلا فهو كالمجبوب اذ لا يمكنه ان يجامع وان كان امراة فهو كالرتقاء
لانه لا يجامع وان قطعت يده او قطع هو يد رجل او امراة فلا يجب فيه
القصاص لان القصاص لا يجري في الاطراف بين الرجل والمراة فلا يجب
بالشك وكذا اذا قطع هو يد عبد او قطعه عبد او كان هو رقيقا فقطعت
يده لان القصاص لا يجري بين الحر والعبد ولا بين العبدين الا بينا
من قبل بخلاف ما اذا قتل او قتل هو بعد البلوغ حيث يجب القصاص
لانه لا يمتنع بالرق ولا بالانوثة على ما بينا وفي الشهادة يجعل انثى
لانه المتيقن به والله اعلم **مسايل شتى قال** رحمه الله ايماء
الاخرس وكتابته كالبيان بخلاف معتقل اللسان في وصية ونكاح
وطلاق وبيع وشراء وقود وقال الشافعي رحمه الله يجوز كتابته وايماؤه
في الوجهين لان المجوز انما هو العجز وهو شامل للفصلين ولا فرق بين

ان

ان يكون اصليا او عارضا كالوحشي والمتوحش من الاهلي في حق الذكاة
والفرق لنا ان الاشارة انما تقوم مقام العبارة اذا صارت معهودة
وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له
اشارات معلومة كان بمنزلة الاخرس ولان التفريط جاء من قبله حيث اخر
الوصية الى هذا الوقت بخلاف الاخرس لانه لا تفريط من جهته ولان
العارض على شرف الزوال دون الاصلي فلا يقاس احدهما على الاخر وفي
الابد عرفناه بالنص وهو ما روي عن رافع بن خديج ان بعيرا من ابل الصدقة
ند فرماه رجل بسهم فحبسه فقال عليه السلام ان لها اوابد كاوابد الوحش
فاذا فعلت شيئا من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه ثم قدر الامتداد
هنا التمرتاشي بسنة وذكر الحاكم ابو محمد رواية عن ابي حنيفة فقال ان دامت
العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه
عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالاخرس قالوا وعليه الفتوى
واذا كان ايماء الاخرس وكتابته كالبيان وهو النطق باللسان لزمه الاحكام
بالاشارة والكتابة حتى يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه الى
غير ذلك من الاحكام لان الاشارة تكون بيانا من القادر فمن العاجز اولى
الا ترى انه عليه السلام كان افصح العرب ومع هذا ابان بالاشارة بقوله
الشهر هكذا الحديث والكتابة ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا الا ترى
ان النبي صلى الله عليه وسلم بلغ الرسالة الى الغيب بالكتاب فيكون ذلك
حجة عليهم كما انا نبلغهم بالعبارة فاذا كان الكتاب كالخطاب عند العجز
ففي حق الاخرس اولى لان عجزه اظهر والزم لان الغائب يقدر على
الحضور بل يحضر ظاهرا والاخرس لا يقدر على النطق والظاهر بقاؤه على
الدوام ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو ان يكون معنونا
اي مصدرا بالعنوان وهو ان يكتب في صدره من فلان الى فلان على ما جرت
به العادة في تسيير الكتاب فيكون هذا كالنطق فيلزم حجة ومستبين
غير مرسوم كالكتابة على الجدران واوراق الاشجار او على الكاغد لا على
وجه الرسم فان هذا يكون لغوا لانه لا عرف في اظهار الامر بهذا الطريق
فلا يكون حجة الا بانضمام شيء اخر اليه كالنية والاشهاد عليه والاملاء
على الغير حتى يكتبه لان الكتابة قد تكون للتجربة وقد تكون للتحقيق
وبهذه الاشياء تتعين الجهة وقيل الاملاء من غير اشهاد لا يكون حجة والاول
اظهر وغير مستبين كالكتابة على الهواء او الماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع
ولا يثبت به شيء من الاحكام وان نوى **قال** لا في حد اي لا يكون باشارته

كالبيان في الحدود لانها تندرئ بالشبهة لكونها حق الله تعالى فلا حاجة
الى اثباتها ولعله كان تصديقا للقاذف ان قذف هو فلا يستحق بطلبه
الحد وان كان هو القاذف فقذفه ليس بصريح والحد لا يجب الا بالقذف
بصريح الزنا وفي القصاص لا عبرة بطلبه لانه حق العبد وحق العبد لا يختص
بلفظ دون لفظ وقد يثبت بدون اللفظ كالتعاطي وهذا لان الحد
لا يثبت ببيان فيه شبهة الا ترى ان الشهود لو شهدوا بالوطء الحرام لا يجب
الحد عليه ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر بمطلق القتل يجب عليه
القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى المعاوضة
لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق
العبد اما الحدود الخالصة حقا لله تعالى شرعت زاجرة وليس فيها معنى
البدلية اصلا فلا يثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الافراد
ان الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل ان يكون مفارقا
لذلك لان الغائب يمكنه الوصول في الجملة فيعتبر بالنطق ولا كذلك
الاخرس لتعذر النطق في حقه للافة التي فيه فدلت المسئلة على ان
الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض
اصحابنا رحمهم الله ان الاشارة لا تعتبر مع القدرة على الكتابة قالوا
لان الاشارة حجة ضرورية ولا ضرورة مع القدرة على الكتابة قلنا
كل واحد منهما حجة ضرورية ففي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة
لان قصد البيان في الكتابة معلوم حسا وعيانا وفي الاشارة زيادة
اثر لم توجد في الكتابة لان الاصل في البيان هو الكلام لانه وضع له
والاشارة اقرب اليه لان العلم الحاصل بها حاصل بما هو متصل بالمتكلم
وهو اشارته بيده او راسه فصارت اقرب الى النطق من اثار الاقلام
فاستويا ولا تقدم على الاخرس بالتخيير ولهذا ذكره بكلمة او وهي للتخيير
وقالوا فيمن صمت يوما او يومين الحكم كالمعتقل لسانه حتى لا يجوز بالايماء
والكتابة به اقراره وقيل هذا تفسير للمعتقل اللسان قال غنم
مذبوحة وميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى واكل والا لا وقال
الشافعي رحمه الله لا يجوز الاكل في حالة الاختيار بالتحري وان كانت
المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة
ولا ضرورة لان الكلام في حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة
الضرورة في افادة الاباحة الا ترى ان اسواق المسلمين لا تخلو عن
المحرم من مسروق ومغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الظاهر

وهذا

وهذا لان القليل منه لا يمكن التحرز عنه ولا يستطاع الامتناع عنه فسقط
اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة في البدن او الثوب بخلاف ما اذا
كانت الميتة اكثر او استويا لانه لا ضرورة اليه لقلته فيمكن الاحتراز عنه
قال لف ثوب نجس رطب في ثوب طاهر يابس فظهر رطوبته على الثوب
الطاهر لكن لا يسيل لو عصر لا يتنجس لانه اذا لم يتقاطر منه بالعصر لا ينفصل
منه شيء وانما يبتل ما يجاوره بالنداوة وبذلك لا يتنجس به وذكر المرغيناني
ان كان اليابس هو الطاهر يتنجس لانه ياخذ بللا من النجس الرطب وان كان
اليابس هو النجس والطاهر الرطب لا يتنجس لان اليابس النجس ياخذ بللا من
الطاهر ولا ياخذ الرطب من اليابس شيئا ويحمل على ان مراده فيما اذا كان
الرطب ينفصل منه شيء وفي لفظه اشارة اليه حيث نص على اخذ البلة وعلى
هذا اذا نشر الثوب المبلول على حبل نجس هو يابس لا يتنجس الثوب لما ذكرنا
من المعنى وقال قاضي خان في فتاواه اذا نام الرجل على فراش فاصابه
مني ويبس فعرق الرجل وابتل الفراش من عرقه ان لم يظهر اثر البلل في بدنه
لا يتنجس جسده وان كان العرق كثيرا حتى ابتل الفراش ثم اصاب بلل الفراش
جسده وظهر اثره في جسده يتنجس بدنه وكذا الرجل اذا غسل رجله فمشى
على ارض نجسة بغير مكعب فابتل الارض من بلل رجله واسود وجه الارض
لكن لم يظهر اثر بلل الارض في رجله وصلى جازت صلاته وان كان بلل
الماء في الرجل كثيرا حتى ابتل به وجه الارض وصار طينا ثم اصاب الطين
رجله لا يجوز صلاته ولو مشى على ارض نجسة رطبة ورجله يابسة يتنجس
قال راس شاة متلطخ بالدم احرق وزال عنه الدم فاتخذ منه
مرقة جاز والحرق كالغسل لان النار تاكل ما فيه من النجاسة حتى لا يبقى
فيه شيء او تحيله فيصير الدم رمادا فيطهر بالاستحالة ولهذا لو احرقت
العذرة وصارت رمادا طهرت للاستحالة كالخمر اذا تخللت وكالخنزير اذا
وقع في المملحة وصار ملحا وعلى هذا قالوا اذا تنجس التنور يطهر
بالنار حتى لا يتنجس الخبز وكذلك اذا تنجست مسحة الخباز تطهر بالنار قال
سلطان جعل الخراج لرب الارض جاز وان جعل العشر لا وهذا عند ابي
يوسف رحمه الله وقال ابو حنيفة ومحمد لا يجوز فيهما لانهما في لجماعة المسلمين
ولابي يوسف رحمه الله ان صاحب الخراج له حق في الخراج فصح تركه عليه وانه
صلة من الامام والعشر حق الفقراء على الخلوص كالزكاة فلا يجوز
تركه عليه وعلى قول ابي يوسف الفتوى قال ولو دفع الاراضي المملكة
الى قوم ليعطوا الخراج جاز معناه ان اصحاب الخراج اذا عجزوا عن زراعة

الارض واداء الخراج دفع الامام الاراضي الى غيرهم بالاجرة اي يوجرها لاراضي
للقادرين على الزراعة ويأخذ الخراج من اجرتها فان فضل شيء من اجرتها
يدفعه الى اصحابها وهم الملاك لانه لا وجه الى ازالة ملكهم بغير رضاهم
من غير ضرورة ولا وجه الى تعطيل حق المقاتلة فتعين ما ذكرنا فان لم
يجد من يستاجرها باعها الامام ممن يقدر على الزراعة لانه لو لم يبعها يفوت
حق المقاتلة في الخراج اصلا ولو باع يفوت حق المالك في العين والفوات
الى خلف كلا فوات فيبيع تحقيقا للنظر من الجانبين وليس له ان يملكها غيرهم
بغير عوض ثم اذا باعها يأخذ الخراج الماضي من الثمن ان كان عليهم خراج ويرد
الفضل الى اصحابها ثم قيل هذا قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لان عندهما
القاضي يملك بيع مال المديون بالدين والنفقة واما عند ابي حنيفة
فلا يملك ذلك فلا يبيعها لكن يأمر ملاكها ببيعها وقيل هذا قول الكل وعلى
ان ابي حنيفة رحمه الله يميز هذا وبين غيره من الديون ان في هذا الزام ضرر خاص
لنفع العام ولازالة الضرر عن العام وذلك جائز عنده الا ترى انه يرى
الحجر على الطبيب والمفتي الجاهل والمكاري المفلس لدفع الضرر عن العامة
فكذا ضرر تعطيل الخراج يرجع الى العامة فيجوز ما ذكرنا لدفعه ولان
الخراج حق متعلق برقبة الارض فصار كدين العبد المأذون له في التجارة
ودين الميت في التركة فان القاضي يملك البيع فيهما لتعلق الحق بالرقبة
فكذا هذا وذكر في النوادر عن ابي حنيفة رحمه الله ان اهل الخراج اذا
هربوا ان شاء الامام عمرها من بيت المال والغلة للمسلمين وان شاء دفع الى
قوم واطعمهم على شيء فكان ما يأخذ للمسلمين لان فيه حفظ الخراج على المسلمين
والملك على اربابها فاذا اعمرها من بيت المال يكون قدر ما ينفق في عمارتها
في ضمان الامام مأخوذ منهم لبيت المال باي وجه تهيأ له قال ولو نوى
قضاء رمضان ولم يعين اليوم صح ولو عن رمضانين كقضاء الصلاة وان
لم ينو اول صلاة عليه او اخر صلاة عليه معناه لو كان عليه قضاء صوم
يوم او اكثر من رمضان واحد فقضاه ناويا عنه ولم يعين انه عن يوم كذا
جاز وكذا لو صام ونوى عن يومين او اكثر جاز عن يوم واحد ولو نوى عن
رمضانين ايضا يجوز وكذا قضاء الصلاة يجوز وان لم يعين الصلاة ويومها
ولم ينو اول صلاة عليه او اخر صلاة عليه وهذا قول بعض المشايخ والاصح
انه يجوز في رمضان واحد ولا يجوز في رمضانين ما لم يعين انه صائم عن
رمضان سنة كذا على ما يأتي وكذا في قضاء الصلاة لا يجوز ما لم يعين
الصلاة ويومها بان يعين ظهر يوم كذا مثلا ولو نوى اول ظهر عليه

او اخر ظهر عليه جاز لان الصلاة تعينت بتعيينه وكذا الوقت تعين بكونه
اولا او اخرا فاذا نوى صلاة عليه وصلى فاليه يصير اولا فيدخل في
نيته اول ظهر عليه ثانيا وكذا ثالثا الى ما لا يتناهى وكذا الاخر وهذا
مخلص من لم يعرف الاوقات التي فاتته او اشتبهت عليه او اراد التسهيل
على نفسه والاصل فيه ان الفروض متزاحمة فلا بد من تعيين ما يريد
اداءه حتى تبرأ ذمته منه لان فرضا من الفروض لا يتأدى بنية فرض اخر فلهذا
وجب التعيين بالنية والشرط تعيين الجنس بالنية لانها شرعت لتمييز
الاجناس المختلفة ولهذا يكون التعيين في الجنس الواحد لغوا لعدم
الفائدة والتصرف اذا لم يصادف محله يكون لغوا ويعرف اختلاف الجنس
باختلاف السبب والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهر من يومين
او العصر من يومين لان وقت الظهر من يوم غير وقت الظهر من يوم اخر حقيقة
وحكما لان الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعهما بل بدلوك الشمس ونحوه والدلوك
في يوم غير الدلوك في يوم اخر بخلاف صوم رمضان لانه متعلق بشهود الشهر
لقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه وهو واحد لانه عبارة عن ثلاثين
يوما بلياليها فلذلك لا يحتاج فيه الى تعيين صوم يوم كذا حتى لو كان عليه
قضاء يوم بعينه فقضاه بنية يوم اخر او كان عليه قضاء صوم يومين او اكثر
فقضاه ناويا عن قضاء يومين او اكثر جاز بخلاف ما اذا نوى عن رمضانين
او عن رمضان اخر حيث لا يجوز عن واحد منهما لاختلاف السبب فصار كما اذا
نوى ظهرين او ظهرا عن عصر او نوى ظهر يوم السبت وعليه ظهر يوم الخميس وعلى
هذا اداء الكفارات لا يحتاج فيه الى التعيين في جنس واحد ولو عين لغا وفي
الاجناس لا بد منه وقد ذكرنا تفاصيلها في كفارة الظهار وذكر في المحيط
في كتاب الكفارات ان نية التعيين في الصلاة لم تشترط باعتبار ان
الواجب مختلف متعدد بل باعتبار ان مراعاة الترتيب واجب عليه
ولا يمكنه مراعاة الترتيب الا بنية التعيين حتى لو سقط الترتيب
بكثرة الفوائت يكفيه نية الظهر لا غير وهذا مشكل وما ذكره اصحابنا
مثل قاضي خان وغيره خلاف ذلك وهو المعتمد لما ذكرنا من المعنى ولان
الامر لو كان كما قاله لجاز في وجوب الترتيب ايضا لامكان صرفه الى الاول
اذ لا يجب التعيين عنده ولا يفيد قال رحمه الله ابتلع بزاق غيره
كفر لو صديقه والا لا اي اذا ابتلع الصائم ريق غيره فان كان بزاق
صديقه تجب عليه الكفارة وان لم يكن صديقه تجب عليه القضاء دون
الكفارة لان الريق تعافه النفس وتستقذره اذا كان من غير صديقه

فصار كالتجبي ونحوه مما يتلف فيه الانفس وان كان من ضربه لا اتلاف فيه
فصار كالخبز الرئيد ونحو ذلك مما يشبه الانفس قال قيل بعض
الحاج عذر في ترك الحج لان امن الطريق شرط الوجوب او شرط الاداء على
ما بينا في المناسك ولا يحصل ذلك مع قتل بعض في طريق الحج فكان معذورا
في ترك الحج فلا ياثم بذلك وقد ذكرها مستوفاة في المناسك وذكرنا الكلام
فيها فلا نعيدها قال منعها زوجها عن الدخول عليها وهو يسكن
معها في بيتها نشوز لانها حبست نفسها منه بغير حق فلا تجب النفقة
لها ما دامت على منعه فيتحقق النشوز منها فصار كحبسها نفسها في منزل
غيرها هذا اذا منعته ومرادها السكنى في منزلها وان كان المنع لينقلها
الى منزله لا تكون ناشزة لان السكنى واجبة لها عليه وكان حبسها نفسها
منه بحق فلا يسقط نفقتها لان التقصير جاء من جهته فصار كما اذا حبست
نفسها لاستيفاء مهرها بخلاف ما اذا حبست بسبب دين عليها او غصبها
غاصب وذهب بها لان الفوات ليس من قبله وبخلاف ما اذا كانت
ساكنة معه في منزله ولم تمكنه من الوطي لانه يمكنه الوطي كرها غالبا
فلا يعد منعها قال ولو سكن في بيت الغصب فامتنعت لا يكون
ناشزة لانها محقة اذ السكنى فيه حرام قال رحمه الله قالت لا اسكن
مع امتك واريد بيتا على حدة ليس لها ذلك لانه لا بد له من يخدمه فلا
يمكن منعه من ذلك قال قالت مرا طلاق ده فقال داده گير وكرده
گير او داده باد وكرده باد ولو قال داده است وكرده است يقع نوى
او لا ولو قال داده انگار وكرده انگار لا يقع وان نوى من انشا يدنا
فتبانت او به عمر البيع البتة حيلة زنان افزا ربا لثلث حيله خويش
كن لا كابين ترا بخشيدم مرا ازحيك باز دار ان طلقها سقط المهر
والا فلا قال لعبده يا مالكي او قال لامته انا عبدك لا يعتق
لانه ليس بصريح للعتق ولا كناية عنه فلا يكون فيه شيء مما يقتضيه
العتق بخلاف قوله يا مولاي لان حقيقته تنبي عن ثبوت الولاء على العبد
وذلك بالعتق فيعتق لانه يمكن اثباته من جهته وقوله يا مالكي وانا
عبدك حقيقته تنبي عن ثبوت الملك للعبد على المولى وذلك لا يمكن
اثباته من جهة المولى لا مقصودا لعدم قدرته على ذلك ولا مقتضى
لان من شرطه ان يثبت المقتضي فيثبت في ضمنه المقتضى وثبوت المقتضي وهو
الملك متعذر لما ذكرنا فلا يثبت المقتضى بدونه قال العقار المتنازع
فيه لا يخرج من يد ذي اليد ما لم يبرهن المدعي اي اذا ادعى عقارا لا يكفي

يذكر

يذكر المدعي انه في يد المدعى عليه وبتصديق المدعى عليه في ذلك بل لا
بد من اقامة البينة انه في يد المدعى عليه حتى تصح دعواه او علم القاضي
في الصحيح لان يد المدعى عليه لا بد منه لتصح الدعوى عليه اذ هو شرط
فيها ويحتمل ان يكون في يد غيره فباقامة البينة تنتفي تهمة المواضعة
فامكن القضاء عليه باخراجه من يده لتحقق يده بخلاف المنقول لان اليد فيه
مشاهدة فلا يحتاج الى اثباتها بالبينة قال عقار لا في ولاية القاضي
لا يصح قضاؤه فيه لانه لا ولاية له في ذلك المكان وقد اختلف المشايخ هل
يعتبر المكان او الاهل فقيل يعتبر المكان وقيل يعتبر الاهل حتى لا ينفذ
قضاؤه في غير ذلك المكان على من اعتبر المكان ولا في غير ذلك الاهل على من
اعتبر الاهل وان خرج القاضي مع الخليفة من المصر قضى وان خرج وحده
لم يجز قضاؤه وهذا يستقيم ان يكون على قول من اعتبر المكان لان القضاء من اعلام
الدين فيكون المصر شرطا فيه كالجمعة والعيدين وعن ابي يوسف ان المصر
ليس بشرط فيه واليه اشار محمد ايضا قال اذا قضى القاضي في حادثة
ببينة ثم قال رجعت عن قضائي او بدا لي غير ذلك او وقعت في تلبيس الشهود
او ابطلت حكمي ونحو ذلك لا يعتبر والقضاء ماض ان كان بعد دعوى صحيحة
وشهادة مستقيمة لان رايه الاول قد ترجح بالقضاء فلا ينقض باجتهاد
مثله ولا يملك الرجوع عنه ولا ابطاله لانه تعلق به حق الغير وهو المدعي
الا ترى ان الشاهد لما اتصل بشهادته القضاء لا يصح رجوعه ولا يملك
ابطالها لما ذكرنا فكذا القاضي وقال الشعبي كان رسول الله صلى الله عليه
وسلم يقضي بالقضاء ثم ينزل القران بعد الذي قضى بخلافه فلا يرد قضاءه
ويستانف وقال صاحب المحيط وهذا يدل على ان القاضي اذا قضى بالاجتهاد
في حادثة لا نص فيها ثم تحول غير رايه فانه يقضي في المستقبل بما هو احسن
عنده ولا ينقض ما مضى من قضايه لان حدوث الاجتهاد والراي دون نزول
القران والنبي صلى الله عليه وسلم لم ينقض القضاء الذي قضى بالراي
بالقران الذي نزل بعده فهذا اولى بخلاف ما اذا قضى باجتهاده في حادثة
ثم تبين نص بخلافه فانه ينقض ذلك القضاء ورسول الله صلى الله عليه
وسلم قضى باجتهاده ثم نزل القران بخلافه ومع ذلك لم ينقض قضاءه الاول
والفرق ان القاضي حال ما قضى باجتهاده فالنص الذي هو مخالف لاجتهاده
كان موجودا منزلا الا انه خفي عليه وكان الاجتهاد في محل النص فلا يصح
والنبي صلى الله عليه وسلم حال ما قضى باجتهاده كان الاجتهاد في محل لا نص
فيه فصح وصار ذلك شريعة له فاذا نزل القران بخلافه صار ناسخا لتلك

الشريعة قال رحمه الله جماعة ثم سأل رجلا عن شيء فاقر به وهم
يرونه ويسمعون كلامه وهو لا يراهم جازت شهادتهم اي اذا جاء رجل
جماعة في مكان ثم سأل رجلا آخر عن شيء مثل دين له عليه فاقر به المسئول
والجماعة يرونه ويسمعون كلامه والمقر لا يراهم جازت شهادتهم عليه
بذلك الاقرار لان الاقرار موجب بنفسه وقد علموه وهو الركن في اطلاق
اداء الشهادة قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال عليه
الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قال وان
سمعوا كلامه ولم يروه لا اي لا يجوز شهادتهم لان النغمة تشبه النغمة
فيحتمل ان يكون المقر غيره فلا يجوز لهم ان يشهدوا عليه مع الاحتمال
الا اذا كانوا دخلوا البيت وعلموا انه ليس فيه احد سواه ثم جلسوا على
الباب وليس للبيت مسلك غيره ثم دخل رجل فسمعوا اقرار الداخل ولم
يروه وقت الاقرار لان العلم حصل لهم في هذه الصورة فجاز لهم ان يشهدوا
عليه قال باع عقارا وبعض اقاربه حاضر يعلم البيع ثم ادعى لا تسمع
اي لا تسمع دعواه لم يعين القريب هنا وفي الفتاوى جعله الابن حيث
قال لو باع عقارا وابنه او امرأته حاضر يعلم به وتصرف المشتري فيه
زمانا ثم ادعى الابن انه ملكه ولم يكن ملك ابيه وقت البيع اتفق مشايخنا
على انه لا تسمع مثل هذه الدعوى وهو تلبيس محض وحضوره هذا البيع
وتركه فيما يصنع اقرار منه بانه ملك البائع وان لا حق له في المبيع وجعل
سكوته في هذه الحالة كالافصاح بالاقرار قطعا للاطماع الفاسدة
لاهل الفساد في الاضرار بالناس وتعميمه بالقريب يقتضي جواز ذلك مع
الغريب وذكر في الهداية في كتاب الكفالة قبيل الفصل في الضمان ومن
باع دارا وكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم لان الكفالة لو كانت
مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته
وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه
اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع ولو شهد
وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة
في البيع اي ليست شرطا فيه ولا هي اقرار بالملك لان البيع مرة يوجد
من المالك وتارة من غيره ولعله كتب ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا
اذا كتب في الصك باع وهو ملكه او باع بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد
بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين ولو باع
ضيعة ثم ادعى انها وقف عليه وعلى اولاده لا تسمع دعواه للتناقض لان

اقدامه

اقدامه على البيع اقرار منه وان اراد تحليف المدعى عليه ليس له ذلك
وان اقام البينة على ذلك قيل تقبل لان الشهادة على الوقف تقبل
من غير دعوى لانها من باب الحسبة فاذا قبلت انتقض البيع وقيل لا
تقبل وهو اصوب واحوط لانه باقامة البينة ان الضيعة وقف عليه
يدعي فساد البيع وحقا لنفسه فلا تسمع للتناقض وقال في الجامع
الاصغر اذا بيع متاع انسان بين يديه وهو ينظر لا يصح لان سكوته يحتمل
الرضا والسخط وقال ابن ابي ليلى سكوته يكون اجازة منه للبيع قال
وهبت مهرها لزوجها فماتت فطلبت ورثتها مهرها منه وقالوا كانت الهبة
في مرض موتها وقال بل في الصحة فالقول له اي للزوج والقياس ان يكون
القول للورثة لان الهبة حادثة والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات وجه
الاستحسان انهما اتفقوا في سقوط المهر عن الزوج لان الهبة في مرض الموت
تفيد الملك وان كانت للوارث الا ترى ان المريض اذا وهب عبدا لوارثه
فاعتقه الوارث او باعه نفذ تصرفه ولكن يجب عليه الضمان ان مات
المورث في ذلك المرض رد الوصية للوارث بقدر الامكان فاذا سقط عنه
المهر بالاتفاق فالوارث يدعي العود عليه والزوج ينكر فالقول قول
المنكر قال اقر بدين او غيره ثم قال كنت كاذبا فيما اقررت حلف
المقر له على ان المقر ما كان كاذبا فيما اقر به ولست بمبطل فيما تدعيه
عليه من الاقرار وهذا قول ابي يوسف وهو استحسان وعندهما يؤمر بتسليم
المقر به الى المقر له وهو القياس لان الاقرار حجة ملزمة شرعا فلا يصار
معه الى اليمين كالبينة بل اولى لان احتمال الكذب فيه ابعد لتضرره به
ووجه الاستحسان ان العادة جرت بين الناس انهم يكتبون الصك اذا
ارادوا الاستدانة قبل الاخذ ثم يأخذون المال فلا يكون الاقرار دليلا
على اعتبار هذه الحالة فيحلف وعليه الفتوى لتغير احوال الناس
وكثرة الخداع والخيانات وهو يتضرر بذلك والمدعي لا يتضرر باليمين ان كان
صادقا فيصار اليه قال لو قال لآخر وكلتك ببيع هذا فسكت صار
وكيلا لان سكوته وعدم رده من ساعته دليل القبول عادة ونظيره
هبة الدين ممن عليه الدين فانه اذا سكت صحت الهبة وسقط الدين لما
بينا وان قال من ساعته لا اقبل بطل وبقي الدين على حاله وكذا لو قال
جعلت ارضي عليك وقفا فسكت صح ولو قال لا اقبل بطل وقال الانصاري
الوقف لا يبطل بقوله لا اقبل لانه دفع لله تعالى والاشبه ان يكون هذا
قول ابي يوسف لما عرف من اصله انه يصير وقفا بمجرد قوله وقفت داري قال

وكلما تطلق فهاما يملك عزلها لانه يمين من جهته لما فيه من معنى اليمين وهو
تعليق الطلاق بفعلها فلا يصح الرجوع في اليمين وهو تمليك من جهتها
لان الوكيل هو الذي يعمل لغيره وهي عاملة لنفسها فلا تكون وكيلة
بخلاف الاجنبي قال وكلتك بكذا على اني متى عزلتك فانت وكيلي
يقول في عزله عزلتك ثم عزلتك اي ثم يقول عزلتك لان الوكالة مما
يجوز تعليقها بالشرط فيجوز تعليقها بالعزل عن الوكالة فاذا عزله
انعزل عن الوكالة المنجزة وتنجزت المعلقة فصار وكيلا جديدا ثم بالعزل
الثاني انعزل عن الوكالة الثانية قال ولو قال كلما عزلتك فانت
وكيلي يقول رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن الوكالة المنجزة
لانه لو عزله عن المنجزة من غير رجوع لصار وكيلا مثل ما كان ولو عزله [illegible]
لان كلمة كلما تقتضي تكرار الافعال الى نهاية فلا يفيد العزل الا
بعد الرجوع حتى لو عزله ثم رجع عن المعلقة يحتاج الى عزل آخر لانه كلما
عزله صار وكيلا فلا يفيد الرجوع بعد ذلك عن المعلقة في حقها
يحتاج الى عزل آخر بعد الرجوع وقيل يقول في عزله كلما وكلتك فانت
معزول لانه كلما صار وكيلا انعزل فيحصل مقصوده بذلك والاول
اوجه وهذا لا يفيد في الحقيقة لانه ان انعزل كلما توكل لاجل اليمين
الثانية يتوكل ايضا كلما انعزل لاجل اليمين الاولى فيبقى دائما وكيلا
منعزلا فلا ينقطع الا بالرجوع عن الوكالة المعلقة على ما بينا قال
قبض بدل الصلح شرط ان كان دينا بدين بان وقع الصلح على دراهم عن
دنانير او على شيء آخر في الذمة لانه متى وقع الصلح على غير ما يستحقه
الدائن بعقد المداينة ويتوهم ان يحمل على المعاوضة فاذا حمل على المعاوضة
صار صرفا او بيعا وفيه لا يجوز الافتراق عن الدين بالدين لنهيه عليه
السلام عن الكالي بالكالي وقد بيناه من قبل في كتاب الصلح وغيره قال
والا اي ان لم يكن دينا بدين لا يشترط قبضه لان الصلح اذا وقع على
عين متعين لا يثبت في الذمة فجاز الافتراق عنه وان كان مال الربا
كما اذا وقع الصلح على شعير بعينه عن حنطة في الذمة وقد بيناه من قبل
قال ادعى رجل على صبي دارا فصالحه ابوه على مال الصبي فان كان
للمدعي بينة جاز ان كان بمثل القيمة او اكثر مما يتغابن فيه وان لم يكن له
بينة او كانت غير عادلة لا لانه متى كان للمدعي بينة وكان الصلح على مثل
القيمة او اكثر بقدر ما يتغابن الناس فيه كان للصبي فيه منفعة وهي
سلامة العين له لانه لو لم يصالح يستحقه المدعي بالبينة فيأخذه فيكون

هذا

هذا الصلح من الاب بمنزلة الشراء من المدعي فيتقيد بالمثل وبقدر ما يتغابن
فيه عادة لانه لا يمكن التحرز عنه وان لم يكن للمدعي بينة او كانت غير
عادلة صار الاب متبرعا بمال الصبي بالصلح لا مشتريا له لانه لم يستحق
المدعي شيئا من ماله لولا الصلح فلا منفعة للصبي في هذا الصلح بل فيه ضرر
فلا يجوز لان الولاية نظرية قال الله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي
هي احسن وان كان الاب هو المدعي للصغير ولا بينة له يجوز كيف ما كان
لانه لا يثبت للصبي فيما ادعاه الاب له ملك ولا معنى الملك وهو التمكن من
الاخذ وكان محصلا له مالا من غير ان يخرج من ملك الصبي شيئا بمقابلته فكان
نفعا محضا وان كانت له بينة عادلة لا يجوز الا بالمثل او باقل قدر ما يتغابن
فيه لانه صار في معنى الملك لتمكنه من الاخذ منه بالبينة العادلة ووصي الاب
في هذا كالاب لانه قائم مقامه قال لو قال لا بينة لي فبرهن او لا شهادة
لي فشهد تقبل ومعنى الاول ان يقول المدعي ليس لي بينة على دعواي هذا
الحق ثم جاء بالبينة تقبل لان التوفيق بينهما ممكن بان كانت له بينة فنسيها
ثم ذكرها بعد ذلك او كان لا يعلمها ثم علمها وعن ابي حنيفة انها لا تقبل لانه
اكذب بينته ومعنى الثاني ان يقول الشاهد لا شهادة لفلان عندي في
حق بعينه ثم شهد له به تقبل لانه يقول نسيت وكذا اذا قال المدعي ليس لي
عند فلان شهادة ثم جاء به فشهد له تقبل شهادته روي ذلك عن ابي حنيفة
لانه يحتمل ان يكون له شهادة قد نسيها او لا يعلمها ثم علمها وهذا لو قال
لا اعلم لي حقا على فلان ثم اقام البينة ان له عليه حقا تقبل لامكان التوفيق عليه
فامكن التوفيق بخلاف ما اذا قال ليس لي عليه حق ثم ادعى عليه حقا حيث
لا يسمع دعواه لان المناقضة بين الاقرار والدعوى ثابتة فلا يمكن التوفيق
بينهما ونفي الحجة في هذا كنفي الشهادة لا لنفي الحق حتى اذا قال لا حجة لي
على فلان ثم اتى بحجة تقبل لانه يقول نسيت ولو قال هذه الدار ليست
لي او قال ذلك للعبد ثم اقام بينة ان الدار او العبد له تقبل بينته
لانه لم يثبت باقراره حق لاحد وكل اقرار لم يثبت به لغيره حقا كان لغوا
وهذا يصح دعوى الملاعن نسب ولد نفى بلعانه نسبه لانه حين نفاه لم
يثبت فيه حق لاحد قال رحمه الله للامام الذي ولاه الخليفة ان
يقطع انسانا من طريق الجادة ان لم يضر بالمارة لان للامام ولاية التصرف
في حق الكافة فيما فيه نظر للمسلمين فاذا رأى في ذلك مصلحة لهم كان
له ان يفعله من غير ان يلحق ضررا باحد الا ترى انه اذا رأى ان يدخل بعض
الطريق في المسجد او بالعكس وكان في ذلك مصلحة للمسلمين كان له ان يفعل

ذلك والامام الذي ولاه الخليفه بمنزلة الخليفه لانه نائبه وكان فيه مثله
قال من صادره السلطان ولم يعين بيع ماله فباع ماله صح اي جاز البيع
لانه لم يكره بالبيع وانما باع باختيار غاية الامر انه صار محتاجا الى دفع ما
طلب منه وذلك لا يوجب الكره كالدائن اذا حبس لدين فباع ماله ليقضي ثمنه
دينه فانه يجوز لانه باعه باختياره وانما وقع الكره في الايفاء لا في البيع وقد
تقدم مثله في التسعين قال موّها بالضرب حتى وهبته مهرها لم يصح ان
قدر على الضرب لانها مكرهة عليه اذ الاكراه على المال يثبت بمثله لان التراضي
شرط في تمليك الاموال والرضا ينتفي بمثله فلا يصح قال وان اكرهها على
الخلع وقع الطلاق ولا يسقط المال لان طلاق المكره واقع ولا يلزم
المال به اذ الرضا شرط فيه على ما بيّنا من قبل في كتاب الاكراه قال ولو
احالت انسانا على الزوج ثم وهبت المهر للزوج لا يصح لانه تعلق به
حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة الغرما عند موتها فيرد تصرفها
فيه فصار كما لو باع المرهون او وهبه قال اتخذ بيرا في ملكه او بالوعة
فنز منها حائط جاره وطلب تحويله لم يجبر عليه وان سقط الحائط منه
لم يضمن لانه تصرف في خالص حقه ولان هذا تسبيب وبه لا يجب الضمان الا اذا
كان متعديا كوضع الحجر على الطريق واتخاذ ذلك في ملكه ليس بتعد فلا يضمن
قال عمر دار زوجته بماله باذنها فالعمارة لها والنفقة دين عليها
لان الملك لها وقد صح امرها بذلك فينتقل الفعل اليها فيكون كانها هي
التي عمرت فيبقى على ملكها وهو غير متطوع في الانفاق فيرجع عليها لصحة
امرها وصار كالمامور بقضا الدين قال ولنفسه بلا اذنها فله اي
اذا عمر لنفسه من غير اذن المراة كانت العمارة له لان الالة التي بنى بها
ملكه فلا تخرج عن ملكه بالبناء من غير رضاه فيبقى على ملكه ويكون غاصبا
للعرصة وشاغلا ملك غيره بملكه فيؤمر بالتفريغ اذا طلبت زوجته ذلك
قال ولها بلا اذنها فالعمارة لها وهو متطوع اي اذا عمر لها بغير
اذنها كان البناء لها وهو متطوع في البناء فلا يكون له الرجوع عليها
به لانه لا ولاية له في ايجاب ذلك عليها وقد ملكته هي برضاه فكان
تبرعا قال ولو اخذ غريمه فنزعه انسان من يده لم يضمن اي لم يضمن
النازع اذا هرب الغريم لان النزع تسبيب وقد دخل بينه وبين ضياع
حقه فعل فاعل مختار وهو هربه فلا يضاف اليه التلف كما اذا حل
قيد العبد فابق فان الحال لا يضمن لان التلف لم يحصل بفعله وانما
حصل بفعل العبد مختارا وكذا لا يضمن الدال السارق على مال الغير فان الدال

ل

لا يجب عليه ضمان لان التلف حصل بفعل السرقة لا بالدلالة وكذا ممسك
هاربا من عدو حتى قتله العدو فان الممسك لا يجب عليه الضمان وكذا
هذا قال في يده مال انسان فقال له سلطان ادفع الي هذا المال
والا اقطع يدك او اضربك خمسين فدفع لم يضمن اي لم يضمن الدافع لانه مكره
عليه فكان الضمان على المكره او على الاخذ ايهما شا المالك ان كان الاخذ
مختارا والا فعلى المكره فقط قال وضع منجلا في الصحرا ليصيد
به حمار وحش وسمى عليه فجا في اليوم الثاني ووجد الحمار مجروحا ميتا لم
يؤكل لان الشرط ان يذبحه انسان او يجرحه وبدون ذلك لا يحل وهو كالنطيحة
او المتردية المذكورة في الاية وتقييده باليوم الثاني وقع اتفاقا
حتى لو وجد ميتا من ساعته لا يحل لعدم شرطه قال كره من الشاة الحيا
والخصية والغدة والمثانة والمرارة والدم المسفوح والذكر لما روى
الاوزاعي عن واصل بن ابي جميلة عن مجاهد قال كره رسول الله صلى الله عليه
وسلم من الشاة الذكر والانثيين والقبل والغدة والمرارة والمثانة
والدم قال ابو حنيفة الدم حرام واكره الستة وذلك لقوله عز وجل حرمت
عليكم الميتة والدم فلما تناوله النص قطع بتحريمه وكره ما سواه لانه مما
يستخبثه الانفس وتكرهه وهذا المعنى سبب الكراهية لقوله تعالى ويحرم
عليهم الخبائث وروي ان ابن عمر رضي الله عنهما سئل عن القنفذ فتلى قوله
تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما الاية فقال شيخ عنده سمعت ابا هريرة
يقول ذكر القنفذ عند النبي صلى الله عليه وسلم فقال خبيث من الخبائث
فقال ابن عمر ان كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قاله فهو كما قال ذكره
القدوري قال للقاضي ان يقرض مال الغايب والطفل واللقطة
لانه قادر على الاستخلاص فلا يكون تضييعا الا ان الملتقط اذا انشد
اللقطة ومضى مدة التعريف ينبغي ان يجوز له الاقراض من فقير لانه لو
تصدق به عليه في هذه الحالة جاز فالقرض اولى ان يجوز قال صبي
حشفته ظاهرة بحيث لو راه انسان ظنه مختونا ولا تقطع جلدة ذكره
الا بتشديد ترك كشيخ اسلم وقال اهل البصر لا يطيق الختان لان قطع جلدة
ذكره لتنكشف الحشفة فان كانت الحشفة ظاهرة فلا حاجة الى القطع
وان كان توارى الحشفة يقطع الفضل ولو ختن ولم يقطع الجلدة كلها
ينظر ان قطع الاكثر من النصف يكون ختانا لان للاكثر حكم الكل وان قطع النصف
فما دونه لا يعتد به لعدم الختان حقيقة وحكما والاصل ان الختان سنة
كما جاء في الخبر وهو من شعاير الاسلام وخصايصه حتى لو اجتمع اهل مصر على تركه

بجادبهم الامام فلا يترك الا لعذر وعذر الشيخ الذي لا يطيق ذلك ظاهر
فيترك قال ووقته سبع سنين اي وقت الختان سبع سنين وقيل لا يختن
حتى يبلغ لان الختان للطهارة ولا طهارة عليه قبله فكان ايلاما قبله
من غير حاجة وقيل اقصاه اثنتا عشرة سنة وقيل تسع سنين وقيل وقته
عشر سنين لانه يؤمر بالصلاة اذا بلغ عشرا اعتيادا وتخلقا فيحتاج الى
الختان لانه شرع للطهارة وقيل ان كان قويا يطيق الم الختان ختن والا
فلا وهو اشبه بالفقه وقال ابو حنيفة لا علم لي بوقته ولم يرو عن ابي يوسف
ومحمد فيه شيء وانما المشايخ اختلفوا فيه وختان المراة ليس بسنة وانما هو مكرمة
للرجال لانه الذ في الجماع وقيل سنة والاصل ان ايصال الالم الى الحيوان لا يجوز
شرعا الا لمصالح تعود اليه وفي الختان اقامة السنة وتعود اليه ايضا
مصلحته لانه جاء في الحديث الختان سنة يجارف على تركها وكذا يجوز في الصغير
ربط قرحته وغيره من المداواة وكذا يجوز ثقب اذن البنات الاطفال لان
فيه منفعة الزينة وكان يفعل ذلك في زمنه صلى الله عليه وسلم الى يومنا
هذا من غير نكير والحامل لا تفتصد الا بالضرورة بالولد ولا ينبغي لها ان تحتجم ما لم
يتحرك الولد فاذا تحرك فلا باس به ما لم يقرب الولادة فاذا قربت فلا تحتجم
لانه تضره واما الفصد فلا تفتصد مطلقا ما دامت حبلى لانه يخاف على
الولد منه وكذا يجوز فصد البهائم وكيها وكل علاج فيه منفعة لها وجاز
قتل ما يضر من البهائم كالكلب العقور والهرة اذا كانت تاكل الحمام والدجاج
لازالة الضرر ويذبحها ذبحا ولا يضربها لانه لا يفيد فيكون تعذيبا
لها بلا فايدة قال والمسابقة بالفرس والابل والارجل والرمي جائزة
لقوله عليه السلام لا سبق الا في خف او نصل او حافر واذن رسول الله صلى
الله عليه وسلم لسلمة بن الاكوع ان يسابق رجلا انصاريا كان لا يسبق شدا
فسبقه سلمة بن الاكوع اي سابق رجلا انصاريا كان لا يسبق شدا فسبقه
وقال الزهري كانت المسابقة بين اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
بالخيل والركاب والارجل ولان الغزاة يحتاجون الى رياضة خيلهم
وانفسهم والتعلم للكر والفر فيباح قال وحرم شرط الجعل من
الجانبين لا من احد الجانبين لما روى ابن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله
عليه وسلم سبق بالخيل وراهن ومعنى شرط الجعل من الجانبين ان يقول ان
سبق فرسك فلك علي كذا وان سبق فرسي فلي عليك كذا وهو قمار فلا
يجوز لان القمار من القمر الذي يزداد تارة وينقص اخرى وسمي القمار قمارا
لان كل واحد من المقامرين ممن يجوز ان يذهب ماله الى صاحبه ويجوز ان

يستفيد

يستفيد مال صاحبه فيجوز الازدياد والانتقاص في كل واحد منهما فصار
قمارا وهو حرام بالنص ولا كذلك اذا شرط من جانب واحد بان يقول
ان سبقتني فلك علي كذا وان سبقتك فلا شيء لي عليك لان النقصان
والزيادة لا يمكن فيهما وانما في احدهما يمكن الزيادة وفي الاخر النقصان
فلا يكون مقامرة لان المقامرة مفاعلة منه فيقتضي ان يكون من الجانبين
واذا لم يكن في معناه جاز استحسانا لما روينا والقياس لا يجوز لما فيه
من تعليق التمليك على الخطر ولهذا لا يجوز فيما عدا الاربعة المذكورة
والركاب كالبغل وان كان الجعل مشروطا من احد الجانبين وفي الحديث اشارة
اليه لانه خصص ولانه والمراد به الاستباق بالخيل ان الاستباق بالاصل
يجوز في كل شيء ولا يلحق الحاق ما شرط فيه الجعل به لانه ليس في معناه لان
المانع فيه من وجهين القمار والتعليق بالخطر وفي الاخر من وجه واحد وهو
التعليق بالخطر لا غير فليس مثله حتى يقاس عليه وشرطه ان يكون الغاية
مما يحتملها الفرس وكذا شرطه ان يكون في كل واحد من الفرسين احتمال السبق
اما اذا علم ان احدهما يسبق لا محالة فلا يجوز لانه انما جاز للحاجة الى الرياضة
على خلاف القياس وليس في هذا الا ايجاب المال للغير على نفسه بشرط لا
منفعة فيه فلا يجوز ولو شرطا الجعل من الجانبين وادخلا ثالثا محللا جاز
اذا كان فرس المحلل كفوا لفرسيهما يجوز ان يسبق او يسبق وان كان يسبق او
يسبق لا محالة فلا يجوز لقوله عليه السلام من ادخل فرسا بين الفرسين
وهو لا يامن ان يسبق فلا باس به ومن ادخل فرسا بين فرسين وهو يامن ان
يسبق فهو قمار رواه احمد وابو داود وغيرهما وصورة ادخال المحلل ان يقولا
للثالث ان سبقتنا فالمالان لك وان سبقناك فلا شيء لنا عليك ولكن الشرط
الذي شرطاه بينهما وهو ايهما سبق كان له الجعل على صاحبه باق على حاله فان
غلبهما اخذ المالين وان غلباه فلا شيء لهما عليه ويأخذ ايهما غلب المال
المشروط له من صاحبه وانما جاز هذا لان الثالث لا يغرم على التقادير كلها
قطعا ويقينا وانما يحتمل ان ياخذ ان القمار هو الذي يستوي فيه الجانبان
في احتمال الغرامة على ما بيناه ولو قال واحد من الناس لجماعة من الفرسان
او للاثنين فمن سبق فله كذا من مال نفسه او قال للرماة من اصاب الهدف
فله كذا جاز لانه من باب التنفيل فاذا كان التنفيل من بيت المال كما سلف
فيجوز فكذا بخالص ماله فصار انواع السبق اربعة ثلاثة منها جائزة
والواحد منها لا يجوز وقد ذكرنا الجميع ويعرف ذلك بالتامل وعلى هذا الفقهاء
اذا تنازعوا في المسائل وشرط للمصيب منهم جعلا جاز ذلك اذا لم يكن من

الجانبين على ما ذكرنا في الحيل لان المعنى يجمع الكل اذا التعلم في الباب يرجع الى
تقوية الدين واعلاء كلمة الله تعالى والمراد بالجواز المذكور في باب المسابقة
الحل دون الاستحقاق حتى لو امتنع المغلوب من الدفع لا يجبره القاضي ولا
يقضي عليه به قال ولا يصلى على غير الانبياء والملائكة الا بطريق التبع
لان في الصلاة من التعظيم ما ليس في غيرها من الدعوات وهي لزيادة الرحمة
والقرب من الله تعالى ولا يليق ذلك بمن يتصور منه الخطايا والذنوب
وانما يدعى له بالعفو والمغفرة والتجاوز والاستحباب ان يقول اللهم صل على
محمد وآله وصحبه ونحوه لان فيه تعظيم النبي صلى الله عليه وسلم واختلفوا
في الترحم على النبي صلى الله عليه وسلم بان يقول اللهم ارحم محمدا قال بعضهم
لا يجوز لانه ليس فيه ما يدل على التعظيم مثل الصلاة ولهذا يجوز ان يدعى
بهذا اللفظ لغير الانبياء والملائكة عليهم السلام وهو مرحوم قطعا فيكون
تحصيل الحاصل وقد استغنينا عن هذه بالصلاة فلا حاجة اليها وقال
بعضهم يجوز لان النبي صلى الله عليه وسلم كان من اشوق العباد الى مزيد
رحمة الله تعالى ومعناه معنى الصلاة فلم يوجد ما يمنع من ذلك ثم الاولى
ان يدعو للصحابة بالرضا فيقول رضي الله عنهم لانهم كانوا يبالغون في طلب
الرضا من الله تعالى ويجتهدون في فعل ما يرضيه ويرضون بما يلحقهم
من الابتلاء من جهته اشد الرضا فهؤلاء احق بالرضا وغيرهم لا يلحق ادناهم
ولو انفق ملء الارض ذهبا وللتابعين بالرحمة فيقول رحمهم الله ولمن
بعدهم بالمغفرة والتجاوز فيقول غفر الله لهم وتجاوز عنهم لكثرة ذنوبهم
ولقلة اهتمامهم بالامور الدينية قال رحمه الله والاعطاء باسم
النيروز والمهرجان لا يجوز اي الهدايا باسم هذين اليومين حرام بل
كفر وقال ابو حفص الكبير رحمه الله لو ان رجلا عبد الله تعالى خمسين سنة
ثم جاء يوم النيروز واهدى الى بعض المشركين بيضة يريد به تعظيم ذلك
اليوم فقد كفر وحبط عمله وقال صاحب الجامع الاصغر اذا اهدى يوم النيروز
الى مسلم آخر ولم يرد به تعظيم ذلك اليوم ولكن جرى على ما اعتاده بعض
الناس لا يكفر ولكن ينبغي له ان لا يفعل ذلك في ذلك اليوم خاصة ويفعله
قبله او بعده كيلا يكون تشبها باولئك القوم وقد قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم من تشبه بقوم فهو منهم وقال في الجامع الاصغر رجل
اشترى يوم النيروز شيئا لم يكن يشتريه قبل ذلك ان اراد به تعظيم ذلك
اليوم كما يعظمه المشركون كفر وان اراد الاكل والشرب والتنعم لا يكفر قال
ولا بأس بلبس القلانس لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان له قلانس

يلبسها

يلبسها وقد صح ذلك ذكره في الذخيرة قال رحمه الله وندب لبس
السواد وارسال ذنب العمامة بين كتفيه الى وسط الظهر لان محمدا رحمه
الله ذكر في السير الكبير في باب الغنائم حديثا يدل على ان لبس السواد
مستحب وان من اراد ان يجدد اللف لعمامته ينبغي له ان ينقضها كورا
كورا فان ذلك احسن من رفعها عن الراس والقائها في الارض دفعة
واحدة وان المستحب ارسال ذنب العمامة بين الكتفين واختلفوا
في مقدار الذنب قيل شبر وقيل الى وسط الظهر وقيل الى موضع الجلوس
وكان محمد رحمه الله يتعمم بالعمامة السوداء فدخلت عليه يوما مستورة
فبقيت تنظر الى وجهه وهي متحيرة فقال لها ما شانك فقالت التعجب
من بياض وجهك تحت سواد عمامتك فوضعها من راسه ولم يتعمم بالعمامة
السوداء بعد ذلك ويكره لبس المعصفر والمزعفر لما روي عن ابن عمر رضي الله عنه
انه قال نهاني رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لبس المعصفر وقال اياكم
والحمرة فانها زي الشيطان ويستحب للرجل ان يلبس احسن الثياب وكان
ابو حنيفة يوصي اصحابه بذلك ويلبس باربع مائة دينار واباح الله تعالى
الزينة بقوله قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده وقال عليه السلام
ان الله تعالى اذا انعم على عبد احب ان يرى اثر نعمته عليه وقد خرج
رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه رداء قيمته الف درهم وربما قام الى
الصلاة وعليه رداء قيمته اربعة الاف درهم قال والشاب العالم
يتقدم على الشيخ الجاهل لانه افضل منه قال الله تعالى قل هل يستوي
الذين يعلمون والذين لا يعلمون ولهذا يقدم في الصلاة وهي احد اركان
الاسلام وهي تالية الايمان وقال الله تعالى اطيعوا الله واطيعوا
الرسول واولي الامر منكم والمراد باولي الامر منكم العلماء في اصح الاقوال
والمطاع شرعا مقدم وكيف لا يقدمون والعلماء ورثة الانبياء عليهم السلام
على ما جاءت به السنة قال وللحافظ القرآن ان يختم في كل اربعين
يوما لان المقصود من قراءة القرآن تفهم معانيه والاعتبار بما فيه لا مجرد
التلاوة قال الله تعالى افلا يتدبرون القرآن ام على قلوب اقفالها
وذلك يحصل بالتأني لا بالتوالي في المعاني فقدر للختم اقله باربعين
يوما كل يوم حزب ونصف وثلث حزب او اقل والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الفرائض

وهي جمع فريضة والفرض التقدير يقال فرض القاضي النفقة اي قدرها
وسمي هذا العلم فرائض لان الله تعالى قدره بنفسه ولم يفوض تقديره الى

مثلا ان مقرب ولا نبي مرسل ويبين نصيب كل واحد من النصف والربع والثمن
والثلثان والثلث والسدس بخلاف سائر الاحكام كالصلاة والزكاة
والحج وغيرها فان النصوص فيها مجملة كقوله تعالى اقيموا الصلاة واتوا
الزكاة ولله على الناس حج البيت وانما السنة بينتها ثم اعلم ان هذا العلم
من اشرف العلوم وقد جاءت النصوص به وبالحث على تعليمه وتعلمه قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم العلم ثلاثة وما سوى ذلك فضل اية محكمة او سنة
قائمة او فريضة عادلة وقال صلى الله عليه وسلم تعلموا الفرائض وعلموها
فانه نصف العلم وهو ينسى وهو اول شيء ينزع من امتي وقال عليه السلام
تعلموا الفرائض وعلموها الناس فاني امرؤ مقبوض والعلم مرفوع ويوشك
ان يختلف اثنان في الفريضة والمسئلة فلا يجدان احدا يخبرهما فجعله
عليه السلام نصف العلم مع صغر حجمه وقلة مسائله فلولا انه من اشرف العلوم
لما قابل الكل وهذا كالحسنات فان الشيء القليل من الجواهر وغيرها انما
يقابل الكثير ويساويه اذا كان القليل اشرف منه ومعنى النصف الاعتبار
الاحوال الحياة والممات وهذا العلم مختص بحالة الممات وغيره بالحياة
او باعتبار اسباب الملك فانها ضرورية او اختيارية فالاول الميراث والثاني
غيره من اسباب الملك **قال** يبدا بتركة الميت بتجهيزه المراد من التركة
ما تركه الميت خاليا عن تعلق حق الغير بعينه وان كان حق الغير متعلقا
بعينه كالرهن والعبد الجاني والمشترى قبل القبض فان صاحبه يقدم على
التجهيز كما في حال حياته وحاصله انه معتبر بحال حياته فان المرء يقدم نفسه
في حياته فيما يحتاج اليه من النفقة والكسوة والسكنى على اصحاب الديون
ما لم يتعلق حق الغير بعين ماله فكذا بعده فانه يقدم تجهيزه من غير
تقتير ولا تبذير وهو قدر كفن الكفاية او كفن السنة او قدر ما كان
يلبسه في حياته من اوسط ثيابه او من الذي كان يتزين به في الاعياد
والجمع والزيارات على ما اختلفوا فيه لقوله تعالى والذين اذا انفقوا
لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما ولانه محترم حيا وميتا
فلا يجوز كشف عورته وفي الاثر لعظام الميت من الحرمة ما لعظام الحي **قال**
ثم دينه لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين قال علي كرم الله وجهه
انكم تقرءون الوصية مقدمة على الدين وقد شهدت النبي صلى الله عليه وسلم
قدم الدين على الوصية ولان الدين واجب ابتداء والوصية تبرع والبداءة
بالواجب اولى والتقديم ذكرا لا يدل على التقديم فعلا والمراد بالدين
دين له مطالب من جهة العباد لا دين الزكاة والكفارات ونحوها لان

هذه

هذه الديون تسقط بالموت فلا يلزم الورثة اداؤها الا اذا اوصى بها
او تبرعوا بها هم من عندهم لان الركن في العبادات نية المكلف وفعله
وقد فات بموته فلا يتصور بقاء الواجب تحقيقه ان الدنيا دار التكليف
والاخرة دار الجزاء والعبادة اختيارية وليست جبرية فلا يتصور بقاء
الواجب لان الاخرة ليست بدار الابتلاء حتى يلزمه الفعل فيها ولا العبادة
جبرية حتى يجتزئ بفعل غيره من غير اختياره فلم يبق الا جزاء الفعل او تركه
ضرورة بخلاف دين العباد لان فعله ليس بمقصود فيه ولا نيته الا ترى
ان صاحب الدين لو ظفر بجنس حقه اخذه ويجتزئ بذلك ولان ذلك حق الله تعالى
لان المقصود فيها فعله ونيته ابتلاء والله غني عن ماله وعن اداء المال
حقيقة غير ان الله تعالى تصدق على العبد بثلث ماله في اخر عمره يضعها فيما
فرط فيه تفضلا منه من غير حاجة اليه فان اوصى به قام فعل الورثة •
مقام فعله لوجود اختياره بالايصاء والا فلا **قال** ثم وصيته اي ثم تنفذ
وصيته من ثلث ما بقي بعد التجهيز والدين لما تلونا وفي الاكثر من الثلث
لا يجوز الا باجازة الورثة وقد بيناه في كتاب الوصية ثم هذا الشيء يتقدم
على الورثة في المعنى بل هو شريك لهم حتى اذا سلم له شيء سلم للورثة ضعفه
او اكثر ولا بد من ذلك وهذا ليس بتقديم في الحقيقة بخلاف التجهيز
والدين فان الورثة والموصى له لا ياخذون الا ما فضل منهما **قال**
ثم يقسم بين ورثته وهم ذو فرض اي ذو سهم مقدر لما تلونا ولقوله عليه
السلام الحقوا الفرائض باهلها فما ابقت فلاولى عصبة ذكر وفي رواية
فلاولى رجل ذكر وذلك على سبيل التاكيد كقوله تعالى تلك عشرة كاملة
ولا طائر يطير بجناحيه **قال** فللاب السدس مع الولد وولد الابن
لقوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد
جعل له السدس مع الولد وولد الابن ولد شرعا بالاجماع قال الله تعالى
يا بني ادم وكذا عرفا • قال الشاعر •
بنونا بنو ابنائنا وبناتنا • بنوهن ابناء الرجال الاجانب •
وليس دخول ولد الابن في الولد من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز بل هو
من باب عموم المجاز او عرف كون حكم ولد الابن كحكم الولد بدليل اخر وهو
الاجماع وجميع احوال الاب في الفرائض ثلاث احداها الفرض المطلق وهو السدس
وذلك مع الابن او ابن الابن وان سفل لما تلونا والحالة الثانية الفرض
والتعصيب وذلك مع البنت او بنت الابن الفرض بما تلونا والتعصيب
بما روينا والحالة الثالثة التعصيب المطلق وذلك اذا لم يكن للميت

ولد ولا ولد ابن لقوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث
فذكر فرض الام وجعل الباقي له دليل على انه عصبة قال والجد
كالاب ان لم تتخلل في نسبته ام الا في ردها الى ثلث ما بقي وحجبها ام الاب
فيحجب الاخوة اي الجد كالاب ان لم تدخل في نسبته الى الميت انثى وهو
الجد الصحيح الا في مسئلتين احدهما في رد ام الميت من ثلث الجميع الى ثلث
ما بقي في زوج وابوين او زوجة وابوين فان الاب يردها اليه لا الجد
وفي حجب ام الاب فان الاب يحجبها دون الجد وان تخللت في نسبته الى الميت
ام كان فاسدا فلا يرث الا على انه من ذوي الارحام لان تخلل الام في النسبة
يقطع النسب اذ النسب الى الاباء لان النسب للتعريف والشهرة وذلك يكون
بالمشهور وهو الذكور دون الاناث وقوله كالاب يعني عند عدم الاب لان
الجد يسمى ابا قال الله تعالى حاكيا عن يوسف عليه السلام واتبعت ملة اباي
ابرهيم واسحق ويعقوب وكان اسحق جده وابرهيم جد ابيه وقال تعالى يا بني
ادم لا يفتننكم الشيطان كما اخرج ابويكم من الجنة وهما ادم وحوا عليهما السلام
فاذا كان ابا دخل في النص لما نطق به من المجاز او بالاجماع على نحو ما ذكرنا
في الولد فكان له الاحوال الثلاث التي ذكرناها في الاب وله حالة رابعة
وهو السقوط بالاب لانه اقرب منه وهو يدلي به فلا يرث معه وانما يقوم مقامه
عند عدمه وقوله فيحجب الاخوة اي الجد يحجب الاخوة كالاب لانه قايم مقامه
وهذا على الاطلاق قول ابي حنيفه على ما نجي بيانه ان شا الله تعالى قال
وللام الثلث وذلك عند عدم الولد وولد الابن لما تلونا وعند عدم الاثنين
من الاخوة والاخوات على ما نبين قال رحمه الله ومع الولد او ولد الابن
او الاثنين من الاخوة والاخوات لها او لادهم السدس اي مع واحد من هولاء
المذكورين لا ترث الثلث وانما ترث السدس لما تلونا ولقوله تعالى فان
كان له اخوة فلامه السدس فاسم الولد في المتلو والا يتناول الولد
وولد الابن على ما بينا وكذا الذكر والانثى ولفظ الجمع في الاخوة يطلق
على الاثنين فتحجب بهما من الثلث الى السدس من اي جهة كانا او من جهتين
لان لفظ الاخوة يطلق على الكل وهذا قول جمهور الصحابة رضي الله عنهم
وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه لم يحجب الام من الثلث الى السدس الا بثلاثة
منهم عملا بظاهر الاية فان الاخوة جمع واقله ثلاثة وللجمهور ان الجمع يطلق
على المثنى قال الله تعالى وهل اتاك نبا الخصم اذ تسوروا المحراب اذ
دخلوا على داود ففزع منهم قالوا لا تخف خصمان بغى بعضنا على بعض فاعاد
ضمير الجمع في تسوروا ودخلوا وفي منهم وقالوا على اثنين وهما الملكان

اللذان دخلا عليه في صورة متخاصمين الا ترى الى قوله تعالى خصمان ومثل
هذا كثير شايع في كلام العرب ومع الاب واحد الزوجين ثلث الباقي
بعد فرض احدهما فيكون لها السدس مع الزوج والاب والربع مع الزوجة والاب
لانه هو الثلث للباقي بعد فرض احد الزوجين فصار للام ثلاثة احوال ثلث
الكل وثلث ما يبقى بعد فرض احد الزوجين والسدس وقد ذكرنا الكل بتوفيق
الله تعالى وابن عباس رضي الله عنهما لا يرى ثلث الباقي بل يورثها ثلث الكل
والباقي للاب وخالف فيه جمهور الصحابة رضي الله عنهم ووجهه ان الله تعالى
نص على فرضين للام الثلث والسدس فلا يجوز اثبات فرض ثالث بالقياس
وكذا قال عليه السلام الحقوا الفرايض باهلها والام صاحبة فرض والاب
عصبة في هذه الحالة على ما بينا والجواب عنه ان الله تعالى جعل للام ثلث
ما ترثه هي والاب عند عدم الولد والاخوة لا ثلث الكل بقوله تعالى وورثه
ابواه فلامه الثلث اي ثلث ما ترثانه والذي ترثانه مع احد الزوجين هو
الباقي من فرضه ولانها لو اخذت ثلث الكل يكون نصيبها ضعف نصيب الاب
مع الزوج او قريبا من نصيبه مع الزوجة والنص يقتضي تفضيله عليها بالضعف
اذا لم يوجد الولد والاخوة ولهذا قال ابن مسعود في الرد عليه ما اراني الله
تفضيل الانثى على الذكر وقال زيد لا افضل الانثى على الذكر ومرادهما
عند الاستواء في القرابة والقرب واما عند الاختلاف فلا يمتنع تفضيل
الانثى على الذكر ولهذا لو كان مكان الاب جد كان للام ثلث الجميع فلا يبالي
بتفضيلها عليه لكونها اقرب منه وعند ابي يوسف لها ثلث الباقي ايضا مع
الجد وهو مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهم فانهما ما كانا يفضلان
الام على الجد وللجدة وان كثرت السدس ان لم يتخلل جد فاسد في
نسبتها الى الميت وكن متحاذيات في الدرجة والكلام في الجدات في مواضع
في ترتيبهن وتمييز الصحيحة من الفاسدة منهن وفي قدر ميراثهن وفيما يسقطن
به فاما الاول فكل شخص له جدتان ام امه وام ابيه وامه كذلك وهكذا
لكل واحد من الاصول الى ان ينتهي الى ادم وحوا عليهما السلام فالصحيحة منهن
من لم يتخلل في نسبتها الى الميت ذكر بين انثيين والفاسدة من يتخلل في
نسبتها ذلك اذ كل اب يدلي الى الميت بانثى جد فاسد فمن يدلي به يكون
فاسدا ذكرا كان او انثى وعند سعد بن ابي وقاص الفاسدة من تدلي بذكر مطلقا
واذا اردت تنزيل عدد من الجدات الوارثات المتحاذيات فاذكر اولا لفظة
امهات بقدر العدد الذي تريد ثم تقول ثانيا امهات وتجعل مكان الام
الاخيرة ابا ثم في كل مرة تبدل مكان الام ابا على الولاء الى ان يبقى لفظة

ام مرة مثاله اذا سئلت عن اربع جدات وارثات متحاذيات فقل ام ام ام ام
تقدر عددهن بالنيات الدرجة التي يتصور ان يجتمعن فيه فانهن لا يتصورن ان
يجتمعن فيه الا اذا ارتفعن قدر عددهن من الدرجات فاربع جدات وارثات
لا يتصور اجتماعهن الا في الدرجة الرابعة فتقول ام ام ام ام اربع مرات فهذه
واحدة منهن وهي من جهة الام ولا يتصور من جهتها اكثر من واحدة ثم تاتي بواحدة
اخرى من جهة الاب في درجتها فتقول ام ام ام الاب ثم تاتي باخرى من جهة
الجد فتقول ام ام اب الاب ثم تاتي باخرى من جهة جد الاب فتقول ام ابي اب
الاب ولا يتصور ان تجتمع الوارثات في هذه الدرجة اكثر من ذلك لان كل
جد صحيح امه وارثة وكذا امه وان علت ولا يتصور ان يكون جد
وارثة من كل اب الا واحدة فيحتاج الى ان تاتي من الاباء قدر عددها الا
واحدة وهي التي من جهة الام فانها لا تدلي بذكر والثانية تدلي بالاب فلهذا
حذفت في النسبة الثانية اما واحدة وابدلت ابا واما الثالثة تدلي
بالجد فلهذا اسقطت امين وابدلت مكانهما ابوين والرابعة تدلي بجد الاب
فلهذا اسقطت ثلاث امهات وابدلت مكانهن ثلاثة اباء فهذا طريقه في اكثر
من ذلك مما لا ينتهي هذا لمعرفة الصحيحات في هذه الدرجة واذا اردت
ما بازاء الصحيحات من الفاسدات فخذ عدد الصحيحات واجعله بيمينك
واطرح منه اثنين واجعلهما بيسارك ثم ضعف ما في يسارك بعدد ما بقي
في يمينك فالمبلغ عدد المركبات الجدات الصحيحات والفاسدات جميعا
فاذا اسقطت منه عدد الصحيحات فالباقيات هي الفاسدات مثاله
اذا سئلت عن اربع جدات صحيحات كم بازائهن من الفاسدات فذ اربعة
بيمينك واطرح منها اثنين فخذهما بيسارك فاذا ضعفت هذا المطروح
بعدد ما بقي في يمينك صار ثمانية وهو عدد مبلغ الجدات اجمع في هذه الدرجة
فاذا اسقطت عدد الصحيحات وهن اربع بقيت اربع وهن الفاسدات
وميراثهن السدس وان كثرت يشتركن فيه لما روي عن عبادة بن الصامت
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بين الجدتين اذا اجتمعتا بالسدس
بالسوية وابو بكر الصديق رضي الله عنه اشرك بين الجدتين في السدس
وسنذكر ما يستنبط به   وذات جهتين كذات جهة اي اذا ترك
جدتين احداهما ذات جهتين والاخرى ذات جهة واحدة فهما سواء
حتى يقسم السدس بينهما نصفين وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وعند
محمد يستحق بالجهتين فيقسم السدس بينهما اثلاثا ثلثاه لذات الجهتين
وثلثه لذات جهة واحدة لان اختلاف جهة القرابة كاختلاف الاشخاص

في حكم الميراث الا ترى ان ابني العم اذا كان احدهما اخا لام يجعل الاخ
كشخصين حتى ياخذ السدس بالاخوة وخمسة الاسداس بينهما بالعصوبة
وكذا اذا كان احدهما زوجا اخذ بالجهتين وكذا اذا اجتمع في المجوسي
قرابتان ورث بهما ولابي يوسف رحمه الله ان توريث الجدات بمعنى واحد
فلا يتعدد السبب بتعدد الجهة كالاخت لاب وام فانها لا ترث باعتبار
القرابتين لاتحاد الجهتين وهي قرابة الاخوة حتى لا تاخذ النصف بجهة
الاب والسدس بجهة الام بل تاخذ النصف لا غير بخلاف ما ذكر لان الشطر
لان جهة الارث هناك مختلفة ومثاله ما يكون الواحدة ذات قرابتين
ان يكون ام ام الام وهي ايضا ام اب الاب والاخرى ذات قرابة واحدة كام
ام الاب بهذه الصورة   رحمه الله والبعدى تحجب بالقربى سواء
كانا من جهة واحدة او من جهتين وسواء كانت القربى وارثة او محجوبة
بالاب او بالجد وفي رواية عن ابن مسعود لا تحجب الجدات الا الام وفي رواية
عنه وعن زيد بن ثابت اذا القربى اذا كانت من جهة الاب لا تحجب البعدى
من جهة الام وبالعكس تحجب لان الجدات يرثن بولادة الابوين فوجب
ان يعطى كل واحدة منهن حكم من تدلي به والاب لا يحجب الجدات من قبل
الام فكذا امه والام تحجب كل جدة هي ابعد منها فكذا امها ولنا ان الجدات
يرثن باعتبار الولاد فوجب ان تقدم الادنى على الابعد كالاب الادنى
مع الاب الابعد وليس كل حكم ثبت للواسطة ثبت لمن يدلي به الا ترى
ان ام الاب لا يزيد ارثها على السدس وتحجب بالام والاب بخلاف ذلك
والكل بالام اي تحجب الجدات كلهن بالام والمراد اذا كانت
الام وارثة وعليه الاجماع والمعنى فيه ان الجدات انما يرثن بطريق الام
والام ابلغ حالا منهن في ذلك فلا يرثن معها ولان الام اصل في قرابة
الجدة التي من قبلها الى الميت وتدلي بها فلا ترث مع وجودها لما عرف في
باب الحجب فاذا حجبت الجدة التي من قبلها كانت اولى ان يحجب التي من قبل
الاب لانها اضعف حالا منها ولهذا تؤخر في الحضانة فيحجب بها وكذا
الابويات منهن يحجبن بالاب اذا كان وارثا روي ذلك عن عثمان وعلي والزبير
وسعد وزيد بن ثابت وبه اخذ جمهور العلماء وروي عن عمر وابن مسعود وعمران
ابن الحصين وابي موسى الاشعري وابي الطفيل عامر بن واثلة انهم جعلوا
لها السدس مع الاب وبه اخذ طائفة من اهل العلم من التابعين وغيرهم
لما روي انه عليه السلام ورث جدة وابنها حي ولانها ترث ميراث الام فلا
يحجبها الاب كما لا يحجب الام وكما لا يحجبها الجد ولانها ترث بطريق الفرض





فلا تكون العصوبة حاجبة لها كما لا يحجبها عم الميت الذي هو ابنها قلنا
ان ام الاب تدلي بالاب فلا ترث مع وجوده كبنت الابن مع الابن ولا حجة
لهم في الحديث لانه حكاية حال فيحتمل ان ذلك الابن كان عما للميت لا ابا
ولا نسلم انها ترث ميراث الام بل ميراث الاب لان له السدس فرضا
فترث ذلك عند عدمه ولئن كان ميراث الام لا يلزم منه عدم الحجب بغيره
الا ترى ان بنات الابن يرثن ميراث البنات ومع هذا يحجبن بالابن وكذا الجد
يحجب الاخوات لما ذكرنا الا ام الاب فانه لا يحجبها وان علت لانها ليست
من قبله وكذا كل جدة تحجب الجدة التي ليست من قبله فصار للجدات
حالتان السدس والسقوط وللزوج النصف ومع الولد او ولد
الابن وان سفل الربع لقوله تعالى ولكم نصف ما ترك ازواجكم ان لم يكن
لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن فيستحق كل زوج اما النصف
او الربع مما تركت امراته لان مقابلة الجمع بالجمع تقتضي مقابلة الفرد
بالفرد كقولهم ركب القوم دوابهم ولبسوا ثيابهم ولفظ الولد يتناول
ولد الابن فيكون مثله بالنص او بالاجماع على ما بيناه من قبل فيكون الربع
معه فصار للزوج حالتان النصف والربع وللزوجة نصف
اي للزوجة نصف ما للزوج فيكون لها الربع ومع الولد او ولد الابن
وان سفل الثمن لقوله تعالى ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان
لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم وان كن اكثر من واحدة اشتركن فيه لوجهين
احدهما لئلا يلزم الاجحاف ببقية الورثة لانه لو اعطي كل واحدة منهن
ربعا تاخذن الكل اذا ترك اربع زوجات بلا ولد والنصف مع الولد
والوجه الثاني ان مقابلة الجمع بالجمع تقتضي مقابلة الفرد بالفرد
فيكون للواحدة الربع او الثمن عند انفرادها بالنص واذا كثرن وقعت
المزاحمة بينهن فينصرف اليهن جميعا على السواء لعدم الاولوية كما اذا ماتت
امراة وادعى رجلان او اكثر نكاحها واقام كل واحد منهما البينة ولم يكن
في بيت واحد منهما ولا دخل بها فانهم يقتسمون ميراث زوج واحد لعدم
الاولوية فكذا هنا فصار للزوجات حالتان الربع بلا ولد والثمن مع
الولد وللبنت النصف لقوله تعالى وان كانت واحدة فلها
النصف وللاكثر الثلثان وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم
وبه اخذ علماء الامصار وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه جعل حكم البنتين
منهن مثل حكم الواحدة فجعل لهما النصف لقوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين
فلهن ثلثا ما ترك علق استحقاق الثلثين بكونهن نساء وهو جمع وصرح بقوله

فوق

فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك علق استحقاق الثلثين بكونهن نساء وهو جمع
وصرح بقوله فوق اثنتين واكد بضمير الجمع بقوله فلهن والمعلق بشرط لا
يثبت بدونه ولان الله تعالى جعل للبنتين النصف مع الابن وهو مستحق النصف
وحظ الذكر مثل حظ الانثيين فعلم بذلك ان حظ البنتين النصف
عند الانفراد وللجمهور ما روي عن جابر انه قال جاءت امراة سعد بن الربيع
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بابنتيها من سعد فقالت يا رسول الله
هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل ابوهما معك في احد شهيدا وان عمهما اخذ
مالهما فلم يدع لهما مالا ولا ينكحان الا بمال فقال يقضي الله في ذلك فنزلت
اية الميراث فارسل رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عمهما فقال اعط ابنتي
سعد الثلثين وامهما الثمن وما بقي فهو لك وما تلونا لا ينافي استحقاق البنتين
الثلثين لان تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه على ما عرف في موضعه
فعرفنا حكم الجمع بالكتاب وحكم المثنى بالسنة ولان الجمع قد يراد به التثنية
لا سيما في المواريث على ما بيناه من قبل فيكون المثنى مرادا بالاية وهو الظاهر
الا ترى ان الواقعة كانت للبنتين فاعطاهما رسول الله صلى الله عليه وسلم
الثلثين بحكم الاية ولفظة فوق في الاية صلة كما في قوله تعالى فاضربوا فوق
الاعناق اي اضربوا الاعناق وحمله على هذا اولى مما ذهب اليه ابن عباس
رضي الله عنهما لحصول التوفيق بين السنة والاية ولانه تعالى جعل للذكر مثل
حظ الانثيين وادنى الاختلاط ان يجتمع ابن وبنت فيكون له الثلثان وهو
مثل حظ الانثيين فعلم ان للبنتين الثلثين عند الانفراد والا لم يكن هذا
وهو الثلثان مثل حظ الانثيين ابدا ولان الله تعالى بين نصيب الواحدة
ونصيب الجمع ولم يبين نصيب المثنى على ما قال فلا بد من الحاق المثنى باحدهما
فالحاقهما بالجمع اولى لاشتراكهما في معنى الضم ولان المثنى له حكم الجمع في
الميراث الا ترى ان الله تعالى لما بين حكم الفرد وحكم المثنى جعل حكم المثنى حكم
الجمع في الاخوات لاب وام او لاب او لام في استحقاق الثلثين او الثلث وقوله
ان البنتين يستحقان النصف مع الابن قلنا استحقاقهما ذلك عند الاجتماع لا
يدل على استحقاقهما اياه عند الانفراد الا ترى ان الثلاث منهن ياخذن مع
الابن ثلاثة اخماس المال وعند الانفراد الثلثين والواحدة تاخذ الثلث
مع الابن والنصف عند الانفراد رحمه الله وعصبها الابن وله مثلا
حظها معناه اذا اختلط البنون والبنات عصب البنون البنات فيكون
للابن مثل حظ الانثيين لقوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ
الانثيين فصار للبنات ثلاثة احوال النصف للواحدة والثلثان للاثنتين

فصاعدا والتعصيب عند الاختلاط بالذكور وولد الابن كولده
عند عدمه اي عند عدمه اي عند عدم الولد حتى يكون بنو الابن عصبة كالبنين
وبنات الابن كالبنات حتى يكون للواحدة النصف وللثنتين فصاعدا الثلثان
ويعصبهن الذكور عند اختلاطهن بالذكور فيكون للذكر مثل حظ الانثيين
ويحجب بالابن اي ولد الابن يحجب بالابن ذكورهم واناثهم فيه سوا
لان الابن اقرب وهو عصبة فلا يرثون معه بالعصوبة وكذا بالفرض لان
بنات الابن يدلين به فلا يرثن مع اصلهن وان كن لا يدلين به بان كان عمهن
فنوهنا ولا اصلهن فيحجبهن كما يحجب اولاده لانه ما ثبت لاحد المثلين ثبت
لمساويه ضرورة ومع البنت لاقرب الذكور الباقي اي اذا كان
مع بنت الميت لصلبه اولاد الابن فاولاد ابن الابن وان سفل اذ المجموع كان
الباقي بعد فرض البنت الصلبية لاقرب الذكور منهم لانه عصبة فيحجب
الابعد وهذا انما يستقيم اذا لم يكن في درجته بنت ابن واما اذا كانت في
درجته بنت ابن فتشاركه فلا يكون الباقي من فرض البنت له وحده
وللاناث السدس تكملة الثلثين اي لبنات الابن مع الواحدة الصلبية
السدس تكملة للثلثين ومراده اذا لم يكن في درجتهن ابن واما اذا كان
معهن ابن ابن يكن عصبة معه فلا يرثن السدس وانما كان لهن السدس عند
انفرادهن لقول ابن مسعود رضي الله عنهما في بنت وبنت ابن واخت سمعت
رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للبنت النصف ولبنت الابن السدس تكملة
الثلثين والباقي للاخت وقوله تكملة للثلثين دليل على انهن يدخلن في
لفظ الاولاد لان الله تعالى جعل للاولاد الاناث ثلثين فاذا اخذت
الصلبية النصف بقي منه السدس فيعطى لها تكملة لذلك فلولا انهن
دخلن في الاولاد لكان فرضين واحد لما صار تكملة له لا لان الصلبية
اقرب الى الميت فتتقدم عليهن بالنصف ودخولهن على انه عموم المجاز او بالاجماع
ويحجبن بنتين اي يحجب بنات الابن ببنتين صلبيتين لانهن كان
تكملة للثلثين وقد كمل ببنتين فيسقطن اذ لا طريق لتوريثهن فرضا وتعصيبا
الا ان يكون معهن او اسفل منهن ذكر فيعصب من كانت بحذائه
ومن كانت فوقه ممن لم تكن ذات سهم ويسقط من دونه اراد بقوله معهن ان
يكون الغلام في درجتهن سوا كان اخا لهن او لم يكن وهذا مذهب علي وزيد
ابن ثابت رضي الله عنهما وبه اخذ عامة العلما رضي الله عنهم وروي عن ابن
مسعود رضي الله عنهما انه قال يسقطن بنات الابن ببنتي الصلب وان كان
معهن غلام ولا يقاسمهن وان كانت البنت الصلبية واحدة وكان معهن

غلام كان لبنات الابن اسوا الحالين من السدس والمقاسمة فايهما كان اقل
اعطين وتسمى هذه المسايل الاضرار على قول ابن مسعود وحجته في ذلك ان
بنات الابن بنات ومرا انهن احد امرين اما الفرض او المقاسمة وفرضهن الثلثان
والمقاسمة ظاهر وليس لهن ان يجمعن سهما فاذا استكملت البنات الثلثين
فلو قاسمن لزم الجمع بينهما فلا يجوز واذا كانت الصلبية واحدة اخذت
النصف وبقي من فرض البنات السدس فياخذنه ان كن منفردات وان كن مختلطات
مع الذكور كان لهن اقل الامرين من السدس والمقاسمة للتيقن به ولان
لا ياخذ البنات اكثر من الثلثين ولانهن لا ميراث لهن مع الصلبيتين عند
الانفراد فكذا عند الاجتماع لان من لم تكن وارثة عند الانفراد من الاناث
فلا يعصبها اخوها عند الاجتماع كالعم مع العمة وابن الاخ مع اخته وللجمهور
قوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين واولاد الابن
اولاد على ما بينا من قبل فتنتظم الاية دفعة هذا ان يكون المال مقسوما
بين الكل الا انا عملنا في حق اولاد الابن بادل الاية وفي حق الصلبيتين
او الصلبية الواحدة بما بعدها وليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز وشبهته
وانما هو عمل بمقتضى كل لفظ على حدة ومن حيث المعنى ان البنات الصلبيات
ذوات فرض وبنات الابن في هذه الحالة عصبات مع اخيهن وصاحب الفرض
اذا اخذ فرضه خرج من البين كانه لم يكن وصار الباقي من الفرض كجميع المال
في حق العصبة فيشاركه ولا يخرج من العصوبة كما لو انفردوا الا يرى ان
صاحب الفرض لو كان غير البنات كالابوين واحد الزوجين كان كذلك فكذا
مع البنات بخلاف العمة مع العم وبنت الاخ مع اخيها لانهن لا يصرن عصبة معهما
مطلقا سوا كان معهما صاحب فرض او لم يكن فلا يلزم من انتفا العصوبة
في محل لا يقبلها انتفاؤها في محل يقبلها واخذهن زيادة على الثلثين
ليس بمحظور الا يرى انهن ياخذنه بالمقاسمة عند كثرتهن بان تركت اربعين بنتا
والاصل ثم الاصل في بنات الابن عند عدم بنات الصلب ان اقربهن الى الميت
تنزل منزلة البنت الصلبية والتي تليها في القرب منزلة بنات الابن وهكذا
ينزل وان سفلن مثاله لو ترك ثلاث بنات ابن بعضهن اسفل من بعض وثلاث
بنات ابن ابن اخر بعضهن اسفل من بعض وثلاث بنات ابن ابن ابن اخر بعضهن
اسفل من بعض بهذه الصورة

ابن	ابن	ابن
ابن بنت	ابن	ابن
ابن بنت	ابن بنت	ابن
ابن بنت	ابن بنت	ابن بنت
	ابن بنت	ابن بنت
		ابن بنت

فالعليا من الفريق الاول لا توازيها احد فيكون لها النصف والوسطى من
الفريق الاول توازيها العليا من الفريق الثاني فيكون لهما السدس تكملة
الثلثين ولا شي للسفليات الا ان يكون مع واحدة منهن غلام فيعصبها
ومن بحذائها ومن فوقها ممن لم تكن صاحبة فرض حتى لو كان الغلام مع السفلى
من الفريق الاول عصبها وعصب الوسطى من الفريق الثاني والعليا من
الفريق الثالث وسقطت السفليات ولو كان الغلام مع السفلى من الفريق
الثاني عصبها وعصب الوسطى منه والوسطى والعليا من الفريق الثالث
والسفلى من الفريق الاول ولو كان مع السفلى من الفريق الثالث عصب الجميع
عند اصحاب الفرائض والمعنى ما ذكرنا ان العليا تنزل منزلة البنت والعوا
شنازل بنات الابن ولو كان الابن مع العليا من الفريق الاول عصب اخته
وسقطت البواقي كما ذكرنا في الاولاد فصار لبنات الابن احوال ست النصف
للواحدة والثلثان للاثنين فصاعدا والمقاسمة مع ابن الابن والسدس
مع الصلبية الواحدة والسقوط بالابن وبالصلبيتين الا ان يكون معهن غلام
وهذا النوع من المسائل يسمى في عرف الفرضيين تشبيب بنات الابن اذا ذكرت
مع اختلاف الدرجات وهو ما شتق من قولهم شبب فلان بفلانة اذا ذكر
ذكرها في شعره وتشبيب القصيدة تحسينها وترتيبها بذكر النسا او من شب
النار يقال اشببت النار اذا اوقدتها لان فيه تذكية للخواطر او من شب الفرس
وثب وشب شبابا اذا رفع يديه جميعا واشببته انا اذا هيجته
لذلك لان فيه خروج وارتفاع من درجة الى اخرى كحال الفرس في مراوغته اي
وثباته فصار لبنات الابن احوال ست الثلاثة المذكورة في البنات
والسدس مع الصلبية والسقوط بالابن وبالصلبيتين الا ان يكون معهن
غلام والاخوات لاب وام كبنات الصلب عند عدمهن اي عند
عدم البنات وبنات الابن حتى يكون للواحدة النصف وللثنتين الثلثان
ومع الاخوة لاب وام للذكر مثل حظ الانثيين لقوله تعالى قل الله يفتيكم
في الكلالة ان امرو هلك ليس له ولد وله اخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها
ان لم يكن لها ولد فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك وان كانوا اخوة
رجالا ونسا فللذكر مثل حظ الانثيين ولاب كبنات الابن مع الصلبيات
اي الاخوات لاب مع الاخوات لاب وام كبنات الابن مع الصلبيات حتى يكون
للواحدة من الاخوات لاب النصف عند عدم الاخوات لاب وام وللثنتين
الثلثان فصاعدا ومع الاخوة لاب للذكر مثل حظ الانثيين ومع الاخت
الواحدة لاب وام السدس تكملة للثلثين ويسقطن بالاختين لاب وام

الا ان يكون معهن اخ لاب فيعصبهن لما تلونا وبينا ويأتي فيه خلاف ابن مسعود
رضي الله عنه في مقاسمة الاخوة بعد فرض الاختين لاب وام او اخت واحدة
لهما اي للابوين على نحو ما بيناه في بنات الابن مع البنات وضرارهن مع
البنت الواحدة اذ الكلام في الاخوات كالكلام في البنات والنص الوارد
فيهن كالنص الوارد في البنات فاستغنينا عن البحث فيهن بالبحث في البنات
اذ طريق البحث فيهما واحد وعصبهن اخوتهن والبنت وبنت الابن
اي عصب الاخوات لاب وام او لاب اخوتهن والبنت وبنت الابن اما تعصيب
الاخوة لهن فظاهر لما تلونا واما تعصيب البنت لهن وبنت الابن فلقوله
عليه السلام اجعلوا الاخوات مع البنات عصبة وورث معاذ رضي الله عنه
في اليمن بنتا واختا فجعل لكل واحدة منهما النصف ورسول الله صلى الله
عليه وسلم حي يومئذ وروي انه عليه السلام قضى في ابنة وابنة ابن واخت
للبنت النصف ولابنة الابن السدس والباقي للاخت وجعل المص البنت
ممن يعصب الاخوات وهو مجاز في الحقيقة لا تعصيب وانما يصرن عصبة
معها لانها والبنت بنفسها ليست بعصبة في هذه الحالة فكيف تعصب
غيرها بخلاف الاخوة على ما يجي من قريب ان شا الله تعالى وهذا قول جمهور
الصحابة رضي الله عنهم وروي عن ابن عباس رضي الله عنه انه اسقط الاخوات
بالبنت واختلفت الرواية عنه في الاخوة والاخوات مع البنت في رواية
عنه الباقي كله للاخوة وفي رواية اخرى عنه الباقي بينهم للذكر مثل
حظ الانثيين قيل هو الصحيح من مذهبه وكذلك لو كان مع البنت اخت
لاب وام واخ واخت لاب في رواية الباقي للاخ وحده وفي رواية عنه
بين الجميع للذكر مثل حظ الانثيين هو احتج بقوله تعالى ان امرو هلك
ليس له ولد وله اخت فلها نصف ما ترك فارثها مشروط بعدم الولد واسم
الولد يشمل الذكر والانثى الا ترى ان الله حجب الزوج من النصف الى الربع
والزوجة من الربع الى الثمن بالولد والام من الثلث الى السدس فاستوى
فيه الذكر والانثى وللجمهور ما روينا واشتراط عدم الولد فيما تلونا كان
لارثها النصف او الثلثين بطريق الفرض ونحن نقول انها لا ترث مع البنت
فرضا وانما ترث على انها عصبة ويحتمل ان يراد بالولد هنا الذكر وقد قامت
الدلالة على ذلك وهو قوله وهو يرثها ان لم يكن لها ولد يعني اخاها يرثها
ان لم يكن لها ولد ذكر لان الامة اجمعت على ان الاخ يرث تعصيبا مع الانثى من
الاولاد ويقول اشتراط عدم الولد انما كان لان ارث الاخ جميع مالها وذلك
يمتنع بالولد وان كان انثى والواحد من ولد الام السدس وللاكثر

الثلث ذكورهم كاناثهم لقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة او امرأة
وله اخ او اخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء
في الثلث المراد به اولاد الام اذ اولاد الاب والام او الاب مذكورون
في اية الصيف على ما ذكرنا من قبل ولهذا قرأها بعضهم وله اخ او اخت لام
واطلاق الشركة يقتضي المساواة كما اذا قال شريكي فلان في هذا المال
او قال له شركة فيه وسكت على ذلك قضى للمقر له بالنصف ولان الله تعالى
لما سوى بينهما حالة الانفراد دل ذلك على استوائهما حالة الاجتماع
ويحجبن بالابن وابنه وان سفل وبالاب والجد اي الاخوات كلهن يحجبن بهؤلاء
المذكورين وهم الابن وابن الابن وان سفل والاب والجد وان علا وكذا
الاخوة يحجبون بهم لان ميراثهم مشروط بالكلالة واختلف في الكلالة
هل هي صفة للميت او للورثة او للتركة وقرئ يورث بكسر الراء وفتحها واياما
كان يشترط لتسميته به عدم الوالد والولد فلا يثبت فيسقطون بهم والكلالة
مشتقة من الاحاطة ومنه الاكليل لاحاطته بالرأس ولفظة كل لاحاطته
بما تدخل عليه وكذا الكلالة من احاطتها بالشخص من الاخوة والاخوات وقيل
اصلها من البعد يقال كلت الرحم بين فلان وفلان اذا تباعدت ويقال
حمل فلان على فلان ثم كل عنه اي تركه وبعد عنه وغير قرابة الاولاد بعيدة
بالنسبة الى الولاد قال الفرزدق
ورثتم قناة المجد لا عن كلالة عن ابني مناف عبد شمس وهاشم
يريد ورثتم مجدكم عن اصولكم لا عن الفروع كالاعمام والاخوة وولد الابن
ولد على ما بينا من قبل فلا يكون كلالة معه والبنت تحجب
ولد الام فقط اي بنت الميت تحجب الاخوة والاخوات من الام خاصة ولا
تحجب الاخوة من الابوين او من الاب لان شرط ارثهم الكلالة ولا كلالة
مع الولد والبنت ولد فتحجبهم وكذا بنت الابن لانها ولد الابن وولد
فان قيل وجب ان لا ترث الاخوة والاخوات من الابوين او من الاب مع البنت
او بنت الابن لان ارثهم مشروطا بالكلالة قلنا الكلالة شرطت في حقهم
لارث النصف او الثلثين او لارث الكل بالعصوبة فاذا انتفت الكلالة
انتفى هذا الارث المشروط بها لا مطلق الارث فيستحقون الارث بالعصوبة
مع البنت بنص اخر على ما بينا بخلاف ارث اولاد الام فان جميع ارثهم مشروط
بالكلالة فينتفي بعدمها رأسا وللاخوات لاب وام خمس احوال النصف
للواحدة والثلثان لاكثر منها والتعصيب باخيهن ومع البنات والسقوط
مع الابن وللاخوات للاب ست احوال ذكر الخمسة والسدس مع الاخت

الواحدة من الاب والام والسقوط بالاختين مع الاخوات من الابوين كما تقدم
وصار لاولاد الام ثلاث احوال السدس للواحدة والثلث لاكثر منه والسقوط
بما ذكرنا وعصبة وهو معطوف على قوله ذو فرض في اول الكتاب بعد
ذكر الدين والوصية في قوله ثم يقسم بين ورثته اي جمعهم ذو فرض وعصبة
وهو معطوف على الخبر فيكون خبرا اي ممن ياخذ الكل ان انفرد
والباقي مع ذي سهم هذا تفسير للعصبة اي العصبة من يأخذ جميع المال
عند انفراده وما ابقته الفرائض عند وجود من له الفرض المقدر وهذا رسم
وليس بحد لانه لا يفيد الا على تقدير ان نعرف الورثة كلهم ولكن لا نعرف
من هو العصبة منهم فيكون تعريفا بالحكم والمقصود معرفة العصبة حتى
يعطى ما ذكر ولا يتصور ذلك الا بعد معرفته فنقول العصبة نوعان نسبية
وسببية فالنسبية ثلاثة انواع عصبة بنفسه وهو كل ذكر لا يدخل في نسبته
الى الميت انثى وهم اربعة اصناف جزء الميت واصله وجزء ابيه وجزء جده
وعصبة بغيره وهو كل انثى فرضها النصف او الثلثان فيصرن عصبة
باخوتهن وعصبة مع غيره وهو كل انثى تصير عصبة مع انثى اخرى كالاخوات
مع البنات والسببية مولى العتاقة والانثى ليست بعصبة حقيقة
لان العصبة انما سمي عصبة لقوته ولحصول التناصر به ولا يحصل التناصر
بالانثى وانما هن عصبة تبعا او حكما في حق الارث فقط والاحق
الابن ثم ابنه وان سفل اي اولاهم بالعصوبة جزء الميت وان سفل وغيرهم
محجوبون بهم لقوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين
الى ان قال سبحانه ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له
ولد فجعل الاب صاحب فرض مع الولد ولم يجعل للولد الذكر شيئا مقدرا
فتعين الباقي له فدل ان الولد الذكر مقدم عليه بالعصوبة وابن الابن
ابن على ما بينا لانه يقوم مقامه فيقدم عليه ايضا ومن حيث المعقول
ان الانسان يؤثر ولده على والده ويختار صرف ماله له ولاجله يدخر
ماله عادة على ما قال عليه السلام الولد مبخلة مجبنة فقضيته ذلك
الا يجاوز بكسبه محل اختياره الا انا عرفنا مقدار الفرض الى اصحاب الفروض
بالنص فيبقى الباقي على قضية الدليل وكان ينبغي ان يحرم البنت ايضا
عليه وعلى عصبته الا ان الشارع ابطل اختياره بتعيين الفرض لها وجعل
الباقي لاولى رجل ثم الاب ثم اب الاب وان علا اي ثم الاولى
بالعصوبة اصول الميت وان علا واولاهم به الاب لان الله تعالى شرط
لارث الاخوة الكلالة وهو الذي لا ولد له ولا والد على ما بيناه فعلم

بذلك انهم لا يرثون مع الاب ضرورة وعليه اجماع الامة فان قلنا كان ذلك
مع الاخوة وهم اقرب الى الميت لانهم بعد فروعه واصوله فما ظنك مع من هو
ابعد منهم كاعمامه واعمام ابيه والجد له اب الا ترى انه يقوم مقامه في
الولاية عند عدم الاب ويقدم على الاخوة فيه فكذا في الميراث وهو قول
ابي بكر الصديق وابن عباس وعائشة وابي موسى الاشعري وابي الدرداء
وابي الطفيل وابن الزبير ومعاذ بن جبل وجابر بن عبد الله وجماعة اخر
منهم رضي الله عنهم اجمعين وبه اخذ ابو حنيفة رضي الله عنه ثم
الاخ لاب وام ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ لاب وام ثم ابن الاخ لاب وانما قدموا
على الاعمام لان الله تعالى جعل الارث في الكلالة للاخوة عند عدم الولد
والوالد بقوله تعالى وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فعلم بذلك انهم مقدمون
على الاعمام ولان الاخوة جزء الاب فكانوا اقرب من الاعمام لانهم جزء الجد وانما
قدم الاخ لاب وام لانه اقوى لاتصاله من الجانبين فكان ذا قرابتين
فترجح بذلك عند الاستواء في الدرجة وقد قال عليه السلام ان اعيان
بني الام يتوارثون دون بني العلات وكذا الاخت لاب وام تقدم اذا
صارت عصبة على الاخت لاب لما ذكرنا ولهذا تقدم في الفرض فكذا في
العصوبة ثم الاعمام ثم اعمام الاب ثم اعمام الجد على الترتيب اي اولاهم
بالميراث بعد الاخوة اعمام الميت لانهم جزء الجد فكانوا اقرب وقد قال عليه
السلام الحقوا الفرائض باهلها فما ابقت فلاولى رجل ثم اعمام الاب لكونهم
اقرب بعد ذلك لانهم جزء الجد ثم اعمام الجد لانهم اقرب بعدهم وقوله على
الترتيب اي على الترتيب الذي ذكرنا في الاخوة وهو ان يقدم العم لاب
وام على العم لاب ثم العم لاب على ولد العم لاب وام وكذا العمل في اعمام الاب
يقدم منهم ذو قرابتين عند الاستواء في الدرجة وعند التفاوت في الدرجة
يقدم الاعلى ثم المعتق لقوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب
وهو آخر العصبات لقوله عليه السلام للذي اعتق عبده هو اخوك ومولاك
ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فشر له وخير لك وان مات ولم يدع
وارثا كنت انت عصبته والمراد بالوارث وارث هو عصبة بدليل ان ابنة
حمزة اعتقت عبدا لها فمات وترك بنتا فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم
نصف ماله لابنته ونصفه الاخر لابنة حمزة وهي المعتقة ثم عصبته
على الترتيب اي عصبة المولى ومعناه اذا لم يكن للمعتق عصبة من النسب
على الترتيب الذي ذكرنا فعصبته مولاه الذي اعتقه فان لم يكن مولاه
فعصبته عصبة المعتق وهو المولى على الترتيب الذي ذكرناه بان يكون

جزء

جزء المولى او جزء اصوله ثم جزء ابيه ثم جزء جده يقدمون بقوة القرابة
عند الاستواء وبعلو الدرجة عند التفاوت واللاتي فرضهن
النصف والثلثان يصرن عصبة باخوتهن وهن اربع من النساء البنات وبنات
الابن والاخوات لاب وام والاخوات لاب وهن لا يصرن عصبة باخوتهن وقد
بيناه في بيان ميراثهن وقوله باخوتهن هذا في البنات والاخوات ظاهر لان
عصوبتهن تقتصر عليه واما بنات الابن فانهن يصرن عصبة بابناء اعمامهن
ايضا وان سفل كما ذكرناه في مسائل التشبيب فيكون معناه في حقهن
باخوتهن او بمن له حكم اخوتهن والمص رحمه الله ذكر العصبات هنا واستوفاه
الا العصبة مع غيره وهن الاخوات مع البنات وانما ترك ذكرهن هنا لانه
ذكرهن فيما تقدم وقد شرحناه هناك فلا نعيده وانما سمين عصبة
مع غيره ومع اخوتهن عصبة بغيره لان ذلك الغير وهن البنات شرط الصيرورة
عصبة ولم يجعلن عصبة بهن لان انفسهن ليس بعصبة فكيف يجعلن غيرهن
عصبة بخلاف ما اذا كن مع اخوتهن لان الاخوة بانفسهم عصبة فيصرن
به عصبة تبعا ومن يدلي بغيره يحجب به اي بذلك الغير سوى
ولد الام فانه يدلي بالام فلا تحجبه بخلافه بل هي تحجبه بالاثنين منهم من
الثلث الى السدس على ما بينا وانما لا تحجبه الام لانها لا تستحق جميع
التركة ولا ترث مواريثها لانها ترث بالولادة وهو بالاخوة فلا يتصور الحجب
فيه بخلاف الجدة حيث تحجب بالام لانها ترث ميراث الام والام اولى به
منها لانها اقرب وبخلاف الاب حيث يحجب الجد والجدة من قبله والاخوة
والاخوات كلهم لانه يستحق جميع التركة وكذلك الابن يحجب ابنه لما ذكرنا
في صله ان الحجب باحد امرين اما بمن يدلي به بشرطه على ما ذكرنا او بكون
الحاجب اقرب كالاعمام يحجبون بالاخوة وبالاولاد وكاولاد الاعمام والاخوة
يحجبون باعلى درجة منهم والمحجوب يحجب كالاخوين او الاختين
يحجبان الام من الثلث الى السدس مع الاب وهما لا يرثان معه لان ارث
الاخوة مشروط بالكلالة وارث الام الثلث مشروط بعدم الاثنين من الاخوة
وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما في اب وام وثلاثة اخوة للام السدس
وللاخوة السدس والباقي للاب فجعل للاخوة ما نقص من نصيب الام لان
اية الكلالة تمنع من ذلك وانه يحجب الام بهم لا توجب لهم ما نقص من نصيبها
فيحجبونها من غير ان يحصل لهم شيء لا المحروم بالرق والقتل مباشرة
واختلاف الدين او الدار اي لا يحجب المحروم من الارث بهذه الاشياء وعند ابن
مسعود يحجب حجب النقصان بنقص نصيب الزوجين والام بالولد

المحروم بما ذكرنا ان الله تعالى ذكر الولد مطلقا ونقص به نصيبهم من غير فصل بين
ان يكون وارثا او محروما وكذا انتقص نصيب الام بالاخوة مطلقا من غير فصل
فينزل على اطلاقه ولا يحجب حجب الحرمان لانه لو حجبه هذا الحجب وهو لا يرث
لادى الى دفعه الى بيت المال مع وجود الوارث او الى تضييعه لان بيت المال
ايضا لا يرث مع الابن او الاخوة وجه قول الجمهور ان المحروم في حق الارث كالميت
لانه حرم لمعنى في نفسه كالميت ثم الميت لا يحجب فكذا المحروم فصار كحجب الحرمان
والنصوص التي توجب نقصان ارثهم لا نسلم انها مطلقة لان الله تعالى
ذكر الاولاد او الاولاد اثبت لهم ميراثا ثم ذكر بعد ذلك حجب النقصان بهم
فينصرف الى المذكورين اولا وهم المتاهلون للارث وكذا يقال في الاخوة
والاخوات لان المذكورين منهم في الارث هم المتاهلون للارث فكذا المذكور
في الحجب هم المتاهلون للارث ذ هذا لان المحروم اتصلت به صفة تسلب
اهلية الارث فالحقته بالمعدوم ولكن المحجوب فانه اهل في نفسه
الا ان حاجبه غلبه على ارثه لزيادة قربه فلا يبطل عمله في حق غيره وانما
ذكر سبب الحرمان بقوله لا المحروم بالرق الى اخره ليتبين الاسباب المانعة
من الارث فان الرق يمنع الارث لان الرقيق لا يملك شيئا قال الله تعالى ضرب
الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء وقال عليه السلام لا يملك العبد الا
الطلاق ولا فرق في ذلك بين ان يكون قنا وهو الذي لم ينعقد له سبب
الحرية اصلا وبين ان ينعقد له سبب الحرية كالمدبر والمكاتب وام الولد
ومعتق البعض عند ابي حنيفة لان المعنى يشمل الكل وهو عدم تصور الملك
لهم والمكاتب لا يملك الرقبة وهو عبد ما بقي عليه درهم على ما جاء في الخبر
فلا يكون اهلا للارث والقتل الذي يمنع الارث هو الذي يتعلق به
وجوب القصاص او الكفارة وما لا يتعلق به واحد منهما كالقتل بسبب
او بقصاص لا يوجب الحرمان لان حرمان الارث عقوبة فيتعلق بما يتعلق به
العقوبة وهو القصاص او الكفارة وقال الشافعي رحمه الله تعلقه بمطلق
القتل حتى لا يرث عنده اذا قتله بقصاص او رجم او كان القريب قاضيا
فحكم بذلك او شاهدا فشهد به او باغيا فقتله او شهر عليه سيفا فقتله
دفعا كل ذلك يمنع الارث عنده وهذا لا معنى له لان الشارع اوجب عليه
قتله او اجاز له قتله في هذه الصور فكيف يوجب عليه العقوبة
به بعد ذلك وهذا لا يتعلق بهذا القتل سائر عقوبات القتل فكذا
الحرمان والمراد بقوله عليه السلام ليس للقاتل شيء من الميراث هو القتل
بالتعدي ذ عليه قوله عليه السلام ليس للقاتل ميراث بعد صاحب البقرة

اي قاتل هو كصاحب البقرة وهو كان متعمدا واحترز بقوله مباشرة عن
القتل بالتسبيب واختلاف الدين ايضا يمنع الارث والمراد به الاختلاف
بين الاسلام والكفر لقوله عليه السلام لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر
المسلم واما اختلاف ملل الكفار كالنصرانية واليهودية والمجوسية
وعبادة الوثن فلا يمنع الارث حتى يجري التوارث بين اليهودي والمجوسي
والنصراني لان الكفر كله ملة واحدة وقال عليه السلام الناس كلهم حيز
ونحن حيز واختلاف الدارين يمنع الارث والمؤثر هو الاختلاف حكما حتى
لا يعتبر الحقيقة بدونه حتى لا يجري الارث بين المستامن والذمي في دارنا
ولا في دار الحرب ويجري بين المستامن وبين من هو في داره لان المستامن اذا
دخل الينا او اليهم من اهل داره حكما وان كان في غيرها حقيقة والدار
انما تختلف باختلاف المنعة والملك كدار الاسلام ودار الحرب ودارين
مختلفين من دار الحرب باختلاف ملكيهما لانقطاع الولاية والتناصر فيما
بينهم والارث يكون بالولاية والكافر يرث بالنسب والسبب
كالمسلم لانه محتاج مكلف فيملك بالاسباب الموضوعة للملك كالمسلم ولانه
بعقد الذمة التحق بالمسلم في المعاملات فيملك بالاسباب الموضوعة
للملك كالمسلم فيكون حكمه في ذلك كحكم المسلم ولو حجب احدهما
فالحاجب اي لو اجتمعت في الكافر قرابتان لو تفرقتا في شخصين يحجب
احدهما الاخر يرث بالحاجب وان لم يحجب يرث بالقرابتين كما اذا تزوج
مجوسي امه فولدت له ابنا فهذا الولد ابنها وابن ابنها فيرث منها اذا ماتت
على انه ابن ولا يرث على انه ابن الابن لان ابن الابن يحجب بالابن ولو ولدت له
بنتا كان لها ان ترث الثلثين النصف على انها بنت والسدس على انها
بنت الابن تكملة للثلثين وترث من ابيها على انها بنت ولا ترث على انها
اخت من امها لان الاخت تسقط بالبنت ولو تزوج بنته فولدت له بنتا ترث
من امها النصف على انها بنت وترث الباقي على انها عصبة لانها اختها
من ابيها وهي عصبة مع البنت وان مات ابوها ترث النصف على انها بنت
ولا ترث على انها بنت بنت لانها من ذوي الارحام فلا ترث مع وجود ذي
سهم او عصبة وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم وبه اخذ اصحابنا
وفي رواية عن ابن مسعود وزيد بن ثابت انه يرث باخس القرابتين واكثرهما
اي باقواهما وبه اخذ مالك والشافعي رحمهما الله والصحيح الاول لان
فيه اعمال السبب ولا يجوز ابطاله بغير مانع والمانع الحاجب ولم يوجد
فياخذ بالجهتين الا ترى ان المسلم يرث بالجهتين اذا اتفق له ذلك بان

بان كانت المراة وتركت ابني عمها وهو زوجها لا يخالف المسلم في سبب الملك
كالشراء والعتق بخلاف الاخ من الاب والام حيث لا يرث الا بالعصوبة ولا يرث
بالفرض على انه اخ من ام لانه ليس فيه اختلاف الجهة لانه يرث بالاخوة وهي
جهة واحدة فلا تصلح للاستحقاق بها بل للترجيح فقط عند مزاحمة
من هو دونه في القوة كالاخ لاب   لا بنكاح محرم اي لا يرث الكافر
بنكاح محرم كما اذا تزوج المجوسي امه او غيرها من المحارم لا يرث منها
بالنكاح اما عندهما فظاهر لان النكاح لم يصح واما عند ابي حنيفة فلانه
وان كان له حكم الصحة لكن لا يقر عليه اذا اسلم فكان كالفاسد
ويرث ولد الزنا واللعان بجهة الام فقط لان نسبه من جهة الاب منقطع
فلا يرث به ومن جهة الام ثابت فيرث به امه واخوته من الام بالفرض لا غير
وكذا ترثه امه واخوته من امه فرضا لا غير ولا يتصور ان يرث هو او يورث
بالعصوبة الا بالولا او الاولاد فيرثه من اعتقه او اعتق مالكه امه او ولده
بالعصوبة وكذا هو يرث معتقه او معتق معتقه او ولده بذلك
ويوقف للحمل حظ ابن اي اذا ترك الميت امرأته حاملا او غيرها ممن يرثه
ولدها وقف لاجله نصيب ابن واحد وهذا قول ابي يوسف رحمه الله وعنه
يوقف نصيب ابنين وهو قول محمد لان ولادة الاثنين معتاد وعن ابي حنيفة
انه يوقف نصيب اربع بنين او اربع بنات ايهما اكثر لانه يتصور ولادة اربعة
في بطن واحد فيترك نصيبهم احتياطا والفتوى على الاول لان ولادة
الواحد هو الغالب والاكثر منه موهوم والحكم للغالب ويؤخذ كفيل من
الورثة على قوله لاحتمال ان يكون اكثر وهذا اذا كان في الورثة ولد واما
اذا لم يكن فيهم ولد فلا يختلف الميراث بينهم بكثرة الاولاد وقلتهم وجملة
الامر لا يخلو اما ان يكون الورثة كلهم اولادا او لا فان كانوا كلهم اولادا
يترك مما ذكرنا من العدد على الاختلاف وان لم يكونوا كلهم اولادا فلا
يخلو اما ان يكون فيهم اولاد او لا فان كان فيهم اولاد يعطى كل وارث
هو غير الولد نصيبه ثم يقسم الباقي على الاولاد ويترك نصيب الحمل منه
على الاختلاف الذي ذكرناه وان لم يكن في الورثة ولد والحمل من الميت
يعطى كل وارث منهم نصيبه على تقدير ان الحمل ذكر او انثى ايهما اقل وان كان
على احد التقديرين يرث دون الاخر فلا يعطى شيئا وكذا اذا كان فيهم من
لا يرث على تقدير ولادته حيا وعلى تقدير ولادته ميتا يرث فلا يعطى
شيئا للاحتمال وان كان نصيبه على احد التقديرين اكثر يعطى الاقل للتيقن
به ويوقف الباقي   ويرث ان خرج اكثره فمات لا اقله اي الحمل يرث

ان

ان خرج اكثره وهو حي ثم مات وان خرج اقله وهو حي فمات لا يرث لان انفصاله
حيا من البطن شرط لارثه والاكثر يقوم مقام الكل ثم ان خرج مستقيما
فالمعتبر صدره وان خرج منكوسا فالمعتبر سرته وقد بيناه من قبل
ولا توارث بين الغرقى والحرقى الا اذا علم ترتيب الموتى اي اذا مات جماعة
في الغرق او الحرق اي ولا يدري ايهم مات اولا جعلوا كانهم ماتوا جميعا
فيكون مال كل واحد منهم لورثته ولا يرث بعضهم بعضا الا اذا عرف ترتيب
موتهم فيرث المتاخر من المتقدم وهو قول ابي بكر وعمر وزيد واحدى الروايتين
عن علي وانما كان كذلك لان الارث يبنى على اليقين بسبب الاستحقاق وشرطه
وهو حياة الوارث بعد موت المورث ولم يثبت ذلك فلا يرث بالشك
وقال ابن مسعود يرث بعضهم بعضا الا ما ورث كل واحد منهما من صاحبه
وهو احدى الروايتين عن علي رضي الله عنه ووجهه ان حياة كل واحد منهم
كانت ثابتة بيقين والاصل بقاؤها الى ما بعد موت الاخر ولان
الحادث يضاف الى اقرب الاوقات فكان كل واحد منهم مات بعد موت
الاخر ولنا ان الحادث يضاف الى اقرب الاوقات فكان كل واحد منهم مات
بعد موت الاخر فيرث منه الا ما ورثه منه للتعذر لان تقدير حياته بعد موته
حتى يرث ماله من وارثه محال قلنا اذا استحال في بعض المال في حق البعض
استحال في حق الكل اذ سبب الارث متحد لا يقبل التجزي وظاهر حالهم
يصلح للدفع لا للاستحقاق وكذلك الحكم اذا ماتوا بانهدام الجدار عليهم
او في المعركة ولا يدري ايهم مات اولا   وذو رحم وهو معطوف على
العصبة اي يقسم ماله بين ورثته وهم ذو فرض وعصبة وذو رحم اي
وهو قريب ليس بذي سهم وعصبة اي ذو الرحم هو قريب ليس بوارث
بفرض ولا عصوبة وهذا على اصطلاح اهل هذا العلم وفي الحقيقة
الوارث لا يخرج من ان يكون ذا رحم وتحته ثلاثة انواع قريب هو ذو سهم
وقريب هو ذو عصبة وقريب هو ليس بذي سهم ولا عصبة ومضى الكلام
في الاولين وبقي في الثالث فيقول عندنا هم يرثون عند عدم النوعين
الاولين وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم غير زيد بن ثابت رضي
الله عنه فانه قال لا ميراث لذوي الارحام بل يوضع في بيت المال وبه
اخذ مالك والشافعي رحمهما الله لما روي عن عطاء بن يسار ان رجلا من
الانصار جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله رجل
هلك وترك عمته وخالته فقال النبي صلى الله عليه وسلم وهو واقف
على حماره فوقف ثم رفع يديه وقال اللهم رجل هلك وترك عمته وخالته

فسأله الرجل ففعل النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ثلاث مرات ثم قال لا شيء
لهما وفي تعرضه وإتيانه لا أدري ينزل علي شيء لا شيء لهما وروي أنه قال لا أجد
لهما شيئا وإذا لم ينزل عليه لا يمكن إثباته بالرأي لأن المقادير لا يمكن إثباتها
بالرأي ولنا ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم
آخى بين أصحابه فكانوا يتوارثون بذلك حتى نزلت وأولوا الأرحام بعضهم
أولى ببعض في كتاب الله فتوارثوا بالنسب وعن المقداد بن معدي كرب عن النبي
صلى الله عليه وسلم قال من ترك مالا فلورثته وأنا وارث من لا وارث له
أعقل عنه وأرثه والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه رواه أحمد
وأبو داود وغيرهما وصح أن ثابت بن الدحداح وكان غريبا أتيا لا يعرف
من أين هو قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعاصم بن عدي هل تعرفون له
فيكم نسبا قالوا لا يا رسول الله فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا لبابة
ابن المنذر بن أخته فأعطاه ميراثه وعن أمامة بن سهل أن رجلا رمى رجلا
بسهم فقتله وليس له وارث إلا خال فكتب في ذلك أبو عبيدة إلى عمر فكتب
عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الله ورسوله مولى من لا مولى له والخال
وارث من لا وارث له وقال الترمذي حديث حسن وقال الطحاوي هذه
آثار متصلة قد تواترت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى هذا كانت
الصحابة رضي الله عنهم حتى روي عن عمر رضي الله عنه في عم لأم وخالة أنه أعطى
العم الثلثين والخالة الثلث وقال عبد الله بن مسعود فيمن ترك عمة
وخالة للعمة الثلثان وللخالة الثلث وكان المسلمون إذا لم يكن للميت
وارث يرثونه جميعا وهو المراد ببيت المال فإذا كان بعضهم أقرب إليه من
بعض ورث ماله ولولا خوف الإطالة لأوردنا ما حكي من السلف من أفراد
الواقعات وما رواه منقطع ومن مذهب الخصم أنه لا يكون حجة فكيف يحتج به
على غيره ومثله غير ملزم ثم هو لو ثبت لم يكن فيه أيضا عندنا حجة في دفع موارث
ذوي الأرحام لأنه يعارض ما تلونا من الآية ويحتمل أن يكون هناك من هو
أولى منهما أو قبل نزول الآية ويحتمل قوله عليه السلام لا شيء لهما أراد به
الفرض أي لا فرض لهما مقدر ونحن نقول به فإن قيل لا حجة لكم في الآية
لأنها نزلت ردا للتوارث بالإخاء وهو الموالاة ويحتمل أن يكون المراد بها
العصبة وأصحاب السهام وليس فيها دلالة على أن المراد بها غيرهم
قلنا العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وهي عامة فيعمل بعمومها على
أن كثيرا من أصحاب الشافعي منهم ابن سريج خالفوه وذهبوا إلى توريث ذوي
الأرحام وهو اختيار فقهائهم للفتوى في زماننا لفساد بيت المال وصرفه

في غير المصارف ولا يرث مع ذي سهم وعصبة سوى أحد الزوجين
لعدم الرد عليهما أي لا يرث ذو الأرحام مع وجود ذي فرض أو عصبة
إلا إذا كان صاحب الفرض أحد الزوجين فيرثون معه لعدم الرد عليه
لأن العصبة أولى منه وكذا الرد على ذوي السهام أولى من ذوي الأرحام
لأنهم أقرب إلا الزوجين فإنهما لا قرابة لهما مع الميت وإرثهما نظير الدين
فإن صاحب الدين لا يرد عليه ما فضل بعد قضاء الدين فكذا لا يرد عليهما
ما فضل من فرضهما على ذلك كان عامة الصحابة رضي الله عنهم وكان عثمان
ابن عفان رضي الله عنه يرد على الزوجين أيضا وكان زيد بن ثابت لا
يرى الرد على أحد من ذوي الفروض بل ما فضل منهم يوضع في بيت المال عنده
وقد عرف في موضعه وترتيبهم كترتيب العصبات أي ترتيب ذوي
الأرحام في الإرث كترتيب العصبة يقدم فروع الميت كأولاد البنات وإن
سفلوا ثم أصوله كالأجداد الفاسدين والجدات الفاسدات وإن علوا
ثم فروع أبويه كأولاد الأخوات وبنات الإخوة وبني الإخوة لأم وإن
نزلوا ثم فروع جديه وجدتيه كالعمات والأعمام لأم والأخوال والخالات
وإن تعددوا فصاروا أربعة أصناف وروى أبو سليمان عن محمد بن الحسن
عن أبي حنيفة رحمه الله أن أولاهم بالميراث الأصول والأول أصح لأن
الفروع أقرب كما في العصبات والترجيح بقرب الدرجة لأن إرثهم
بطريق العصوبة فيقدم الأقرب على الأبعد في كل صنف منهم كما في العصبات
ثم بكون الأصل وارثا أي إذا استووا في الدرجة فمن يدلي
بوارث أولى من كل صنف لأن الوارث أقوى قرابة من غير الوارث بدليل
تقديمه عليه في استحقاق الإرث فكان من يدلي به أقوى وللقوة
تأثير في التقديم ألا ترى أن بني الأعيان يقدمون على بني العلات في
العصوبة لهذا المعنى وعند اختلاف جهة القرابة فلقرابة
الأب ضعف قرابة الأم أي إذا كان بعض ذوي الأرحام من جهة الأب وبعضهم
من جهة الأم كان لمن هو من جهة الأب الثلثان ولمن من جهة الأم الثلث لما روينا
من قضية عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولأن قرابة الأب أقوى فيكون لهم
الثلثان والثلث لقرابة الأم وهذا لا يتصور في الفروع وإنما يتصور في
الأصول والعمات والأخوال ثم إن اتفق الأصول فالقسمة على
الأبدان إن اتفقت صفة من يدلون به في الذكورة والأنوثة ولم يختلفوا
فيها كانت القسمة على أبدانهم كابن البنت وبنت البنت حتى يجعل سهم للذكر
مثل حظ الأنثيين والمراد بالأصول الذين بهم سووا كانوا أصولا لهم أو لم

يكونوا   والاناث تعدد منهم والوصف من بطن اختلف الى ان لم يتفق
صفة الاصول يعتبر العدد من الفروع الى المدلون بهم والصفة من بطن
اختلف فيقسم المال على ذلك البطن فيعتبر عدد كل واحد فى ذلك البطن
بعدد فروعه حتى يجعل الذكر الذى فى ذلك البطن ذكورا بعدد فروعه
والانثى الواحدة اناثا بعدد فروعها وتعطى الفروع ميراث الاصول واذا كان
منهم بطون مختلفة يقسم المال على اول بطن اختلف على الصفة التى
ذكرنا ثم يجعل الذكور طائفة والاناث طائفة بعد القسمة فما اصاب
الذكور يجمع ويقسم على اول بطن اختلف بعد ذلك وكذا ما اصاب الاناث
وهكذا يعمل الى ان ينتهى الى الذين هم احيا وهذا قول محمد رحمه الله وعند
ابى يوسف والحسن بن زياد يعتبر ابدان الفروع سوا اتفقت صفة الاصول
فى الذكورة والانوثة او اختلفت ولو كان لبعضهم جهتان او اكثر يعتبر
الجهتان او الجهات فيرث بكل جهة غير ان ابا يوسف يعتبرها فى الفروع
ومحمد فى الاصول بخلاف الجدة حيث لا ترث الا بجهة واحدة عند ابى يوسف
وذوو الرحم ترث بالجهتين عنده فى الصحيح والفرق له على هذه الرواية ان
الجدة تستحق الارث باسم الجدة والاسم لا يختلف بتعدد وارث ذوى الارحام
بالقرابة فيتعدد بتعددها وقول محمد اصح فى ذوى الارحام جميعا وهو اشهر
الروايتين عن ابى حنيفة رحمه الله   والفروض نصف وربع وثمن
وثلثان وثلث وسدس اى الفروض المقدرة بكتاب الله تعالى هذه الستة
وهى نوعان على التنصيف ان بدأت بالاكثر او على التضعيف ان بدأت بالاقل
فيقول النصف ونصفه ونصف نصفه والثلثان ونصفه ونصف نصفه او
تقول الثمن وضعفه وضعف ضعفه والسدس وضعفه وضعف ضعفه
ومخارجها اثنان للنصف واربعة وثمانية وثلاثة وستة لسميها واثنى عشر
واربعة وعشرون بالاختلاط اى مخارج هذه الفروض المذكورة وهى الستة
سبعة اثنان الى اخر ما ذكر عادا بالاختلاط اختلاط احد النوعين
بالاخر فحاصله ان هذه الفروض لا تخلو اما ان يجى كل فرض منها منفردا او
مختلطا بغيره فان جا منفردا فمخرج كل فرض سميه وهو المخرج الذى يشاركه
فى الحروف الا النصف فانه من اثنين وليس بسمى له وذلك مثل الثمن من ثمانية
والسدس من ستة والثلث من ثلاثة والربع من اربعة وان جا مختلطا
بغيره فلا يخلو اما ان يختلط كل نوع بنوعه او احد النوعين بالنوع الاخر
فان اختلط كل نوع بنوعه فمخرج الاقل منه يكون مخرجا للكل لان ما كان
مخرجا لجزء يكون مخرجا لضعفه ولضعف ضعفه كالثمانية مخرج للثمن و

او الستة مخرج للسدس ولضعفه ولضعف ضعفه فان اختلط احد النوعين
بالنوع الاخر فمخرجهما من اقل عدد يجمعهما واذا اردت معرفة ذلك فانظر مخرج
كل واحد من الفرضين على حدة ثم انظر هل بينهما موافقة او لا فان كان بينهما
موافقة فاضرب وفق احدهما فى جميع الاخر وان لم يكن بينهما موافقة فجميع
احدهما فى جميع الاخر فما بلغ مخرج الفرضين ثم اذا اختلط النصف من الاول
بكل الثانى او ببعضه فهو من ستة لان بين مخرج النصف والسدس موافقة
بالنصف فاذا ضرب وفق احدهما فى جميع الاخر بلغ ستة وان اختلط بالثلث
او الثلثين فلا موافقة بين المخرجين فاضرب احدهما فى جميع الاخر تبلغ
ستة واذا اختلط الربع من الاول بكل الثانى او ببعضه فهو من اثنى عشر لان
مخرج الربع وهو الاربعة يوافق مخرج السدس وهو الستة بالنصف فاذا
ضرب وفق احدهما فى جميع الاخر تبلغ اثنى عشر ومنه يخرج الجزآن وان كان
المختلط به الثلث او الثلثان فلا موافقة بين المخرجين فاضرب احدهما
فى الاخر تبلغ اثنى عشر واذا كان المختلط بالثانى هو الثمن فان كان المختلط
به السدس فبين المخرجين موافقة بالنصف وان كان المختلط به الثلثين
فلا موافقة بينهما فاضرب ثلاثة فى ثمانية تبلغ اربعا وعشرين فمنه يخرج
الجزآن فصارت جملة المخارج سبعة ولا يجتمع اكثر من اربع فروض فى مسئلة
واحدة ولا يجتمع من اصحابها اكثر من خمس طوائف ولا يتصور على اكثر من اربع طوائف
وتعول بزيادة اى تعول هذه المخارج بزيادة من اجزاء المخرج اذا
اجتمع فى مخرج فروض كثيرة بحيث لا يكفى اجزاء المخرج لذلك فيحتاج الى العول
بزيادة من اجزاء المخرج فترتفع المسئلة والعول الارتفاع ومنه عال
الميزان اذا ارتفع فسمى عولا لارتفاع المسئلة او لما فيه من الميل عن الفرض
المقدر والعول الميل والجور يقال عال الحاكم فى حكمه اذا مال وجار ومنه
قوله تعالى ذلك ادنى الا تعولوا والمراد بالعول عول بعضها لان كلها لا
تعول وانما تعول ثلاثة منها الستة واثنا عشر واربعة وعشرون والاربعة
الاخر لا تعول   فستة تعول الى عشرة وترا وشفعا يعنى بالوتر
السبعة والتسعة وبالشفع الثمانية والعشرة فمثال عولها الى السبعة
زوج واختان لابوين او لاب او زوج وام وجدة واخت لاب ومثال
عولها الى الثمانية زوج واخت من اب واختان من ام او زوج وثلاث اخوات
متفرقات او زوج وام واخت من اب او زوج واختان من ابوين واخت من
ام او زوج وام واختان من اب ومثال عولها الى التسعة زوج وثلاث اخوات
متفرقات وام او زوج واختان من اب واختان من ام او زوج واختان

من الابوين وام واخت من ام ومثال عولها الى عشرة زوج واختان من اب
واختان من ام وام   واثنا عشر الى سبعة عشر وترا اي اثنا عشر
تعول الى سبعة عشر وترا لا شفعا والمراد بالوتر ثلاثة عشر وخمسة عشر
وسبعة عشر فمثال عولها الى ثلاثة عشر زوج وبنتان وام او زوجة
واختان لابوين واخت لام او زوج وبنت وبنت ابن وام او جدة ومثال
عولها الى خمسة عشر زوج وبنتان وابوان او زوجة واختان لاب واختان
لام ومثال عولها الى سبعة عشر اربع اخوات لام وثماني اخوات لاب وجدتان
وثلاث زوجات   رحمه الله واربعة وعشرون الى سبعة وعشرين
اي اربعة وعشرون تعول الى سبعة وعشرين ثم لا فيها الا عولة واحدة وهي
المنبرية وتسمى البخيلة وهي زوجة وبنتان وابوان سميت بذلك لان
عليا رضي الله عنه سئل عنها وهو على المنبر فقال عاد ثمنها تسعا مرتجلا وهي
في خطبته ولا تعول اكثر من ذلك الا عند ابن مسعود رضي الله عنه فانها تعول عنده
الى احد وثلاثين فيما اذا ترك امراة واختين لام وام واختين لاب
وابنا كافرا او رقيقا او قاتلا لانه لان من اصله ان المحروم يحجب حجب نقصان
دون الحرمان فيكون للمراة الثمن عنده وللام السدس وللاختين لاب الثلثان
وللاختين لام الثلث ومجموع ذلك احد وثلاثون فاذا فرغنا من ذلك جئنا
الى التصحيح ولابد للتصحيح من معرفة اربعة اشياء التماثل والتداخل ه
والتوافق والتباين بين العددين لتتمكن من العمل في التصحيح فنقول
فان كان احد العددين مثلا للاخر فهي المماثلة فيكتفى بضرب احدهما عن
الاخر وان لم يكن مثلا له فان كان الاقل جزا للاكثر فهي المداخلة وان لم
يكن جزا له فان توافقا في جزء فهي الموافقة بينهما وان لم يتوافقا في جزء
فهي المباينة ولا يخلو عددان اصلا من احد هذه الاحوال الاربعة لانهما اما
ان يتساويا او لا فان تساويا فهي المماثلة فان لم يتساويا فلا يخلو اما
ان يكون الاقل جزا للاكثر او لا فان كان جزا له فهي المداخلة وان لم يكن
جزا له فلا يخلو اما ان يتفقا في جزء او لا فاذا اتفقا فيه فهي الموافقة
وان لم يتفقا فيه فهي المباينة وطريق معرفة كل واحد منها مذكورة في
المطولات وهذه الاربعة كلها جارية بين الرؤوس والرؤوس وكذا بين
الرؤوس والسهام الا المداخلة فان العمل فيها كالموافقة اذا كانت الرؤوس
اكثر وكالمماثلة اذا كانت السهام اكثر لانها تنقسم عليهم كما تنقسم عليهم
المماثلة وفائدة التصحيح بيان كيفية العمل في القسمة بين المستحقين
من اقل عدد يمكن على وجه يسلم الحاصل لكل واحد من الكسر ولهذا سمي تصحيحا

قال

وان انكسر حظ فريق ضرب وفق العدد في الفريضة ان وافق
اي اذا انكسر نصيب طائفة من الورثة ينظر بين رؤوسهم وسهامهم فان كان
بينهما موافقة ضرب وفق عددهم في الفريضة وهي اصل المسألة وعولها
ان كانت عائلة فالمبلغ تصحيح المسألة كجدة واخت لام وعشرين اختا لاب
اصلها من ستة فللجدة سهم وكذا للاخت لام وللاخوات لاب اربعة لا تنقسم
عليهن وتوافق رؤوسهن بالربع فاضرب ربع رؤوسهن وهو خمسة في اصل المسألة
وهي ستة تبلغ ثلاثين فمنها تصح   والا فالعدد في الفريضة
فالمبلغ مخرجه اي ان لم توافق الرؤوس السهام فاضرب عدد الرؤوس في الفريضة
وهي اصل المسألة وعولها ان كانت عائلة فالمبلغ من الضرب هو التصحيح في
المسألتين اي في المباينة والموافقة وقد ذكرنا مثال الموافقة ومثال
المباينة زوج وسبع اخوات لاب اصلها من ستة وتعول الى سبعة للزوج النصف
ثلاثة وللاخوات الثلثان اربعة فلا تنقسم عليهن ولا توافق فاضرب رؤوسهن

في الفريضة تبلغ تسعة واربعين فمنها تصح   وان تعدد الكسر
وتماثل ضرب واحد اي اذا انكسر على اكثر من طائفة واحدة وتماثل اعداد
رؤوس المنكسر عليهم يضرب فريق واحد في اصل المسألة وعولها ان كانت
عائلة فالمبلغ من الضرب هو تصحيح المسألة مثاله ست اخوات لاب وام
وثلاث اخوات لام وثلاث جدات اصلها من ستة وتعول الى سبعة للاخوات
لاب وام الثلثان اربعة لا تنقسم عليهن وتوافقها بالنصف فرد رؤوسهن الى النصف
ثلاثة وللاخوات للام الثلث سهمان لا تنقسم عليهن ولا توافق وللجدات

السدس سهم لا ينقسم عليهن ولا توافق فاجتمع معك ثلاثة اعداد متماثلة
فاضرب واحدا منها في الفريضة تبلغ احدا وعشرين فمنها تصح ولو كانت
بعض الاعداد متماثلة دون البعض ضربت رؤوس فريق واحد من المتماثلين
في عدد رؤوس الفريق المباين لهما او في وفقه ان وافق فالمبلغ ضربته في الفريضة
فالمبلغ منه تصح منه المسألة مثاله لو كان عدد الاخوات خمسا في المثال
المذكور والمسألة بحالها ضربت ثلاثة في خمسة تبلغ خمسة عشر ثم اضرب خمسة
عشر في الفريضة وهي سبعة تبلغ مائة وخمسة فمنها تصح ولو ترك تسع اخوات
لاب وتسع اخوات لام وخمس عشرة جدة ضربت التسعة في خمسة فالمبلغ في
الفريضة منها تصح وعلى هذا لو كان المباين اكثر من طائفة واحدة يضرب
ما بلغ من الضرب الاول فيه او في وفقه ثم ما بلغ في الفريضة فالمبلغ منه
تصح المسألة مثاله اربع زوجات وعشر اخوات لام وثلاث جدات وثلاث
اخوات لاب اصلها من اثني عشر وتعول الى سبعة عشر ولا تنقسم على الكل

ولا توافق بعدد الأخوات لأب فتماثل الجدات فيستغنى بأحدهما فيضرب
ثلاثة في أربعة تبلغ اثني عشر ثم في خمسة تبلغ ستين ثم تضرب الستين
في الفريضة وهي سبعة عشر تبلغ ألفا وعشرين فمنها تصح المسألة
وإن توافق كالوفق وإلا فالعدد في العدد ثم وثم ثم المبلغ في الفريضة
وعولها إلى إذا توافق بين أعداد الرؤوس فاضرب وفق أحدها في جميع الآخر
وإن لم توافق فاضرب جميع أحدها في جميع الآخر ثم اضرب ما بلغ في وفق الثالث
إن وافق المبلغ الثالث وإن لم توافق فاضرب كله فيه فما بلغ فاضربه في
الفريضة فما بلغ فمنه تصح المسألة ولو كان فريق رابع ضربت فيه ما بلغ من
ضرب الرؤوس في الرؤوس إن لم توافقه وإن وافقه ففي الوفق ثم ما بلغ في
أصل المسألة فما بلغ فمنه تصح المسألة فمثال والمستوي فيه الوفق ٥
الموافقة أربع زوجات وثمانية عشر أختا لأم واثنتا عشرة جدة وخمس عشرة
أختا لأب أصلها من اثني عشر وتعول إلى سبعة عشر فللزوجات الربع ثلاثة
لا ينقسم عليهن ولا يوافق وللأخوات لأم الثلث أربعة لا ينقسم عليهن و
توافق بالنصف فرد رؤوسهن إلى النصف تسعة وللجدات السدس سهمان
لا ينقسم عليهن وتوافق بالنصف فرد رؤوسهن إلى النصف ستة وللأخوات لأب
الثلثان ثمانية لا ينقسم عليهن ولا يوافق فبقين خمسة عشر والستة موافقة
بالثلث فاضرب ثلث أحدهما في جميع الآخر تبلغ ثلاثين ثم بين الثلاثين والتسعة
موافقة بالثلث فاضرب ثلث أحدهما في جميع الآخر تبلغ تسعين ثم بين التسعين
والأربعة موافقة بالنصف فاضرب نصف أحدهما في جميع الآخر تبلغ مائة
وثمانين ثم اضرب المائة والثمانين في الفريضة وهي سبعة عشر تبلغ ثلاثة
آلاف وستين فمنها تصح ومثال المتباينة خمس أخوات لأب وثلاث أخوات
لأم وسبع جدات وأربع زوجات أصلها من اثني عشر وتعول إلى سبعة عشر
فللأخوات لأب الثلثان ثمانية لا ينقسم عليهن ولا يوافق وللأخوات لأم
الثلث أربعة لا ينقسم عليهن ولا يوافق وللأخوات لأم الثلث أربعة .
لا ينقسم عليهن ولا يوافق وللجدات السدس سهمان لا ينقسم عليهن ولا يوافق
وللزوجات الربع ثلاثة لا ينقسم عليهن ولا يوافق والخمسة لا توافق الثلاثة
فاضرب أحدهما في الأخرى تبلغ خمسة عشر وخمسة عشر لا توافق الأربعة .
فاضرب أحدهما في الأخرى تبلغ ستين والستون لا توافق السبعة فاضرب أحدهما
في الأخرى تبلغ أربعمائة وعشرين ثم اضرب أربعمائة وعشرين في الفريضة وهي
سبعة عشر تبلغ سبعة آلاف ومائة وأربعين فمنها تصح ثم إذا أردنا أن تعرف
نصيب كل فريق على حدة من التصحيح فاضرب رؤوس كل فريق فيما كان لهم من أصل

المسألة

المسألة فما بلغ فاضربه في عدد رؤوس فريق مخالف لهم إن لم يكن بينهما موافقة
وإن كان بينهما موافقة فاضربه في الوفق فما بلغ فاضربه في الرؤوس الفريق
الثالث أو في وفقه وهكذا تفعل إلى أن تنتهي الرؤوس فما بلغ فهو نصيب
ذلك الفريق وإن شئت ضربت ما كان لهم من المسألة في مبلغ الرؤوس فالمبلغ
من الضرب نصيبهم وإذا أردت أن تعرف نصيب كل واحد من آحاد الفريق ضربت
رأس كل واحد منهم فيما كان لهم من أصل المسألة فما بلغ ضربته في عدد رؤوس
المخالف لهم إن كان بين رؤوسهما مباينة وإن كان بينهما موافقة فاضربه
في وفقه فما بلغ فاضربه في عدد رؤوس الفريق الثالث أو في وفقه إن كان
بينهما موافقة فما بلغ فاضربه في الرابع أو في وفقه كذلك فما بلغ فهو نصيب
كل واحد من آحاد ذلك الفريق وإن شئت قسمت مبلغ الرؤوس على رؤوس كل
فريق فما أصاب الواحد ضربته فيما كان لهم من أصل المسألة فما بلغ فهو نصيب
كل واحد من آحاد ذلك الفريق وإن شئت علمت بأن تقسم ما كان لكل فريق من
أصل المسألة على عدد رؤوسهم فما أصاب الواحد ضربته في مبلغ الرؤوس فما
بلغ فهو نصيب كل واحد من آحاد ذلك الفريق وإن شئت نسبت سهام كل فريق
من أصل المسألة إلى عدد رؤوسهم فما وجدت نسبته أخذت بمثل تلك النسبة
من مبلغ الرؤوس فهو نصيب كل واحد من آحاد ذلك الفريق وله طرق أخر مذكورة
في المطولات   رحمه الله وما فضل يرد على ذوي الفروض بقدر فروضهم
إلا على الزوجين الرد ما فضل عن فرض ذوي الفروض إذا لم يكن ثم عصبة
على ذوي الفروض بقدر سهامهم إلا على الزوجين فإنهما لا يرد عليهما وهو
قول عامة الصحابة رضي الله عنهم وبه أخذ أصحابنا وقال زيد بن ثابت رضي الله
عنه الفاضل لبيت المال وبه أخذ مالك والشافعي رحمهما الله وقال عثمان
ابن عفان يرد على الزوجين أيضا لأن الفريضة لو دخلها نقص بالعول عاد
على الكل فوجب أن يكون ضده من الزيادة للكل ليكون الخراج بالضمان
والغنم بالغرم ووجه من منع الرد مطلقا أن النص قدر فرض كل واحد من
الورثة فلا تجوز الزيادة عليه ولأن المقادير لا يمكن إثباتها بالرأي
فامتنع أصلا ولنا قوله تعالى وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب
الله وهو الميراث فيكون أولى من بيت المال ومن الزوجين إلا فيما ثبت
لهما بالنص وكان ينبغي أن يكون ذلك لجميع ذوي الأرحام لاستوائهم في هذا
الاسم إلا أن أصحاب الفرائض قدموا على غيرهم من ذوي الأرحام لقوة قرابتهم
ألا ترى أنهم مقدمون في الإرث فكانوا أحق به ومن جهة السنة ما روي
أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل على سعد يعوده فقال يا رسول الله إن لي

فلما ولا يرثني الا ابنتي الحديث ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم
حصر الميراث على ابنته ولولا ان الحكم كذلك لانكر عليه ولم يقره على الخطا
لا سيما في موضع الحاجة الى البيان وكذا روي ان امراة اتت النبي صلى
الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله اني تصدقت على امي بجارية فماتت امي
وبقيت الجارية فقال وجب اجرك ورجعت اليك في الميراث فجعل
الجارية راجعة اليها بحكم الميراث وهذا هو الرد ولان اصحاب الفرايض
ساووا الناس كلهم وترجحوا بالقرابة فيترجحون بذلك في الباقي
وروي عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه انه لم يرد على بنت ابن مع بنت
الصلب وعلى اخت لاب مع الاخت لابوين ولا على اولاد ام مع الام ولا على
جدة الا اذا لم يكون وارث غيرها وبه اخذ علقمة لان الفاضل من الفرض
ماخوذ بطريق العصوبة فيقدم فيه الاقرب فالاقرب وميراث الجدة
السدس كان طعمة فلا يزاد عليه الا ان لا يكون ثمة وارث غيرها فيكون
اولى من الاجانب قلنا هذا الرجحان غير معتبر شرعا وهذا لم يحجب
البعض بالبعض ودخل النقص على الكل عند النقص بالعول غير انه اثر
في تفضيل النصيب عند الاجتماع فيفضل في الفاضل ايضا وادخال النقص
على الزوجين بالعول مما يوافق الدليل النافي لارثهما لان ارثهما ثبت بالنص
على خلاف القياس واخذ الزيادة مما يخالف النافي لارثهما فلا يمكن اثباته
بالقياس لان ما ثبت على خلاف القياس يقتصر عليه وتقدير النصيب لكل
واحد من الاقارب يخص بالذكر وذلك لا يمنع استحقاق الزيادة ولا
يعرض هنا اصلا لا بالنفي ولا بالاثبات فاثبتناه بدليل اخر على ما ذكرناه
ولان النصوص المذكورة في تعيين نصيب كل واحد منهم نثبته فرضا
والاخذ بطريق الرد ليس بفرض وانما هو بطريق العصوبة فلا يمتنع ثبوته
بدليل اخر كما ثبت ذلك في بعض العصبات حيث ياخذ الفرض بالنص ثم
ياخذ الباقي بدليل اخر ولا يعد ذلك زيادة على النص وانما هو عمل بمقتضى
الدليلين ولم يثبته بالراي بل بالنص على ما بينا ثم مسايل الباب اربعة
اقسام ان يكون جنسا واحدا او اكثر عند عدم من لا يرد عليه او عند
وجوده فلا يخرج مسايله عن هذه الاربعة على ما يجي في اثنا البحث انتهى

فان كان من يرد عليه جنسا واحدا فالمسئلة من رؤسهم
كبنتين او اختين لانهما لما استويا في الاستحقاق صارا كابنين او
اخوين فيجعل المال بينهما نصفين وكذا الجدتان لما ذكرنا والمراد
بالاختين ان يكونا من جنس واحد بان يكونا كلاهما لاب او لام او لابوين

والا فمن سهامهم فمن اثنين لو سدسان وثلاثة لو ثلث وسدس
واربعة لو نصف وسدس وخمسة لو ثلثان وسدس او نصف وسدسان
او نصف وثلث اي ان لم يكن من يرد عليه جنسا واحدا بان كان جنسين
او ثلاثة تجعل المسئلة من سهامهم فتجعل من اثنين لو اجتمع سدسان
كجدة واخت لام او من ثلاثة اذا اجتمع ثلث وسدس كاخوين لام
وجدة او ام او اخ لام او ام واخوين لام ومن اربعة اذا اجتمع نصف
وسدس كبنت وبنات ابن او اخت لابوين واخوات لاب او اخت لاب
واخ لام او جدة مع واحد ممن يستحق النصف من الاناث ومن خمسة اذا
اجتمع ثلثان وسدس كام او جدة مع من يستحق الثلثين من الاناث او اختان
لاب واخ لام او نصف وسدسان كبنت وبنت ابن وام او جدة واخت
لام واخت لاب او ثلاث اخوات متفرقات او ام واخت لام واخت لاب
او نصف وثلث كام واخت لاب او اخوين لام واخت لابوين او لاب ولا يتصور
ان يجتمع في باب الرد اكثر من ثلاث طوايف فاذا جعلت المسئلة من سهامهم
تحقق رد الفاضل عليهم بقدر سهامهم وهذان النوعان اللذان ذكرناهما
احدهما ان يكونوا جنسا واحدا والاخر اكثر من ذلك فيما اذا لم يختلط بهم
من لا يرد عليه وبقي النوعان الاخران وهما اذا اختلطا بكل واحد من
النوعين من لا يرد عليه   ولو مع الاول من لا يرد عليه اعط فرضه من
اقل مخارجه ثم اقسم الباقي على من يرد عليه كزوج وثلاث بنات اي لو كان
مع الاول وهو ما اذا كانوا جنسا واحدا من لا يرد عليه وهو احد الزوجين
اعط فرض من لا يرد عليه من اقل مخارج فرضه ثم اقسم الباقي على رؤس من
يرد عليه ان استقام الباقي عليهم كزوج وثلاث بنات للزوج الربع فاعطه
من اقل مخارج الربع وهو اربعة فاذا اخذ ربعه وهو سهم بقي ثلاثة
اسهم فاستقام على رؤس البنات   وان لم يستقم فاضرب وفق رؤسهم
كزوج وست بنات فاضرب وفق رؤسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه كزوج
وخمس بنات اي ان لم يستقم الباقي بعد فرض من لا يرد عليه على عدد رؤس
من يرد عليه ينظر فان كان بين الباقي من فرض من لا يرد عليه وبين رؤسهم
موافقة فاضرب وفق رؤسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه كزوج وست
بنات فان بينهما موافقة بالثلث فرد رؤسهن الى ثلثهن ثلثه اثنين ثم
اضربه في اربعة وان لم يوافق الباقي رؤسهم كزوج وخمس بنات فانه لا
موافقة بين الخمسة والثلاثة فاضرب جميع رؤسهن وهو الخمسة
في الاربعة فالمبلغ في الوجهين تصحيح المسئلة فتصح في الاول من ثمانية

في الوجه الثاني من عشرين لانك في الاول ضربت اثنين في اربعة وفي
الثاني خمسة في اربعة فيأخذ الزوج في الاول سهمين يبقى ستة فلكل
واحد من البنات سهم وتأخذ في الثانية خمسة فيقسم الباقي على خمسة
نصيب كل واحدة منهن ثلاثة اسهم   ولو كان الثاني ممن لا يرد
عليه المراد بالثاني ان يكون طايفتان او اكثر اي لو كان مع الطايفتين
او اكثر من لا يرد عليه   فاقسم ما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه
على مسئلة من يرد عليه وهو سهامهم على ما بينا كزوجة واربع جدات
وست اخوات لام للزوجات الربع فاعطها من اقل مخارجه وهو واحد
من اربعة يبقى ثلاثة مستقيم على ثلاثة لان سهامهن ثلاثة   وان لم
يستقم فاضرب سهام من يرد عليه في مخرج فرض من لا يرد عليه كاربع زوجات
وتسع بنات وست جدات ايمان لم ينقسم الباقي من فرض من لا يرد عليه مع
على سهام من يرد عليه اي على مسئلتهم فاضرب سهام من يرد عليه في مخرج
فرض من لا يرد عليه فما بلغ يخرج منه حق كل واحد من غير كسر وهذا الضرب
لبيان مخرج فروض الفريقين من اقل عدد يمكن للتصحيح فسهام من يرد
عليه فيما مثل به خمسة اربعة للبنات وواحدة للجدات وما بقي من فرض
من لا يرد عليه سبعة وهو لا ينقسم على خمسة فاضرب الخمسة في الثمانية
تبلغ اربعين فمنه يخرج سهام كل واحد صحيحا فللزوجات الثمن خمسة
والباقي لمن يرد عليه   ثم اضرب سهام من لا يرد عليه في مسئلة
من يرد عليه وسهام من يرد عليه فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه
وهذا لبيان طريق معرفة سهام كل فريق من هذا المسلك فاذا اردت معرفة
سهام الزوجات في المثال الذي ضربته فاضرب سهما في خمسة فهو خمسهن
واذا اردت معرفة نصيب البنات فاضرب سهامهن من خمسة وهو اربعة
فيما بقي من فرض من لا يرد عليه وهو سبعة تبلغ ثمانية وعشرين فهو لهن
وللجدات سهم مضروب في سبعة بسبعة وانما كان الضرب على ما ذكر لان
الخمسة لما ضربت في الثمانية وجب ان يضرب سهام كل فريق من الثمانية
في الخمسة وسهم الزوجات واحد من الثمانية والباقي لمن يرد عليه وهي
سبعة فيضرب في الخمسة تبلغ خمسة وثلاثين فصارت السبعة مضروبة
في خمسة بالنسبة الى اصل مسئلة من يرد عليه لان كل من له سهم من الثمانية
مضروب في خمسة وكذا الخمسة مضروبة في نصيب كل واحد من الثمانية
لان كل عدد ضرب في عدد يكون كل واحد منهما مضروبا ومضروبا فيه
ولهذا اغير العبارة بقوله وسهام من يرد عليه فيما بقي من مخرج من لا يرد

عليه

عليه لا لتغير العمل فاذا عرفت فروض الفريقين بما ذكر يحتاج الى معرفة
التصحيح ولهذا اثبته   وان انكسر فصحح كما مر اي اذا انكسر على
البعض او على الكل فصحح المسئلة بالطرق المذكورة في التصحيح لان
السهام اذا لم تنقسم على اربابها احتيج الى التصحيح وما ذكر في هذا
الباب من الضرب لم يكن الا لتخريج سهام كل فريق ممن يرد عليه وممن لا يرد
عليه من عدد واحد كما ذكر في مخارج السهام لا لتصحيح المسئلة عليهم وقد
ذكرنا طرق التصحيح وطرق معرفة سهام كل فريق وطرق معرفة سهام كل واحد
من آحاد الفريق فلا نعيده والمثال الاول الذي ذكره المص وهو زوجة
واربع جدات وست اخوات لام تصح من ثمانية واربعين والمثال الثاني
وهو اربع زوجات وتسع بنات وست جدات تصح من الف واربع مائة واربعين
وان مات البعض قبل القسمة اي اذا مات بعض الورثة قبل قسمة
التركة ويسمى هذا النوع من المسائل مناسخة مفاعلة من النسخ وهو الازالة
يقال نسخت الشمس الظل اي ازالته ومنه نسخت الكتاب واستعماله فيما
اذا مات بعض الانصباء من انتقال القسمة لما فيه من نقل العمل والتصحيح
الى الفريضة الثانية   فصحح مسئلة الميت الاول واعط سهام كل
وارث ثم صحح مسئلة الميت الثاني وانظر بين ما في يده من التصحيح الاول
وهو نصيبه من الميت الاول وبين التصحيح الثاني ثلاثة احوال اي الوفق
والتباين والاستقامة فان استقام ما في يده من التصحيح الاول فلا
ضرب ويحتاج الى تصحيح مسئلة الميت الاول اي صحت الفريضتان فريضة الميت
الاول والثاني مما صحت منه الاول وان لم يستقم فان كان بينهما موافقة
اي بين ما في يده وهو نصيبه من الاول وبين فريضته وهو التصحيح الثاني
فاضرب وفق التصحيح الثاني في كل التصحيح الاول وان كان بينهما مباينة
اي بين ما في يده وفريضته وهي التصحيح الثاني فاضرب كل التصحيح الثاني
في التصحيح الاول فالمبلغ مخرج المسئلتين اي ما بلغ من الضرب تصحيح
الفريضتين فريضة الميت الاول وفريضة الميت الثاني وانما كان النظر
بين ما في يد الميت الثاني وهو نصيبه من التصحيح الاول وبين فريضته
في ثلاثة احوال من الاستقامة والموافقة والمباينة لان ما في يده
وهو نصيبه من الفريضة الاول مقسوم على فريضته فصارت فريضته
نظير الرؤوس المقسوم عليهم ونصيبه من الاول نظير نصيبه من اصل المسئلة
فكما ينظر بين السهام والرؤوس في الاحوال الثلاثة في تصحيح الفريضة
فكذا بينهما حتى اذا انقسم ما في يده على فريضته لا حاجة الى الضرب كما اذا

القسم نصيب الزوج من اصل المسألة على رؤسهم وان لم ينقسم فان وافق ضرب
وفق فريضته وان لم يوافق يضرب كل الفريضة الثانية في الفريضة الاولى
كما في الرد كذلك فاذا عرف ذلك يحتاج الى بيان طريق معرفة نصيب كل
واحد من ورثة الاول والثاني بالطريق المذكور في التصحيح وقد بينه في المختصر
وانما ضرب سهام ورثة الميت الاول في التصحيح الثاني او في وفقه
وسهام ورثة الميت الثاني في نصيب الميت الثاني او في وفقه او في نصيبه
من الفريضة الاولى وان كان فيهم من يرث من الميتين ضرب نصيبه من الاول
في الفريضة الاولى وان كان فيهم من يرث من الميتين ضربت في الفريضة الثانية
او في وفقها ونصيبه من الثاني فيما في يد الميت الثاني او في وفقه وانما ضرب
سهام كل وارث من الميت الاول في الفريضة الثانية او في وفقها لان الثانية
او وفقها مضروب في الاولى فنصيب كل واحد يكون مضروبا ضرورة فلذلك
وجب ضربه فيه وكان ينبغي ان يضرب نصيب الميت الثاني وهو الذي في يده
في الثانية او في وفقها لانه من جملة ورثة الميت الاول الا ان نصيبه لما
صار ميراثا لما كان مستحقا لورثته وكان مقسوما بينهم فاستغني عن ذلك بضرب
نصيب كل واحد من ورثته في ما في يده او في وفق ما في يده وهو نظير ما ذكر في
الرد ان سهام من لا يرد عليه يضرب في سهام من يرد عليه وسهام من يرد عليه
يضرب فيما بقي من فرض من لا يرد عليه ولو مات ثالث قبل القسمة فاجعل
المبلغ الثاني مقام الاول والثالث مقام الثانية في العمل ولو مات رابع
فاجعل المبلغ الثالث مقام الاول والرابع مقام الثانية وهكذا كلما
مات واحد قبل القسمة يجعله مقام الثانية والمبلغ الذي قبله مقام
الاول الى ما لا يتناهى هذا اذا مات الثاني وخلف ورثة غير من كان معه
في ميراث الميت الاول او كانوا هم بعينهم ولكن جهة ارثهم من الميتين مختلفة
وان كانوا هم بعينهم ولم يخلف غيرهم من الورثة وجهة ارثهم من الميتين متحدة
الغيت جميع من مات قبل القسمة وصححت فريضة الميت الاخير فكانه لم يمت
الا هو ولم يكن وارثا غير ورثته وهذا النوع يسمى التناسخ الناقص كما اذا
مات شخص وخلف خمسة بنين وخمس بنات ثم مات واحد منهم قبل القسمة فخلف
هؤلاء الذين كانوا معه في الميراث الاول ولم يخلف غيرهم قسم بينهم للذكر مثل
حظ الانثيين ولا يحتاج الى تصحيح فريضة الميت الاول وكذا كل من مات
منهم ولم يخلف غيرهم من الورثة تقسمه على رؤسهم لا غير ثم اعلم ان هذا الباب
يحتاج فيه الطالب الى التأمل وكثرة التصور وضبط الحاصل لكل ميت
فانه قد يكون ما يحصل له من بعض الموتى منقسما على مسئلته ومن بعضهم غير

منقسم وقد لا ينقسم كل واحد على الانفراد وينقسم المجموع وينبغي ان ينظر ذلك عند
انتهاء تصحيح فريضة كل ميت ثم ينظر بعد انتهاء الجميع وجمع نصيب كل وارث
هل بين التصحيح وبين الحاصل لكل وارث موافقة بجزء كالنصف والربع
وغير ذلك فان وجدت بينهما موافقة بجزء رددت التصحيح الى جزء الوفق وكذلك
الحاصل لكل وارث طلبا للاختصار فان توافقا بالنصف مثلا رددت المسألة
الى نصفها ورددت نصيب كل وارث الى نصفه فتعطيه له ومثل هذا لا يتفق
الا في المناسخة ثم الفرضيون رحمهم الله كثروا الامثلة في المناسخات ونحن نذكر
بعض الامثلة ليكون للطالب دربة وتسهل عليه تصحيح ما يحدث من الواقعات
فنقول اذا ماتت امرأة وتركت زوجا وبنتا واما فمات الزوج قبل القسمة
عن امرأة وابوين ثم ماتت البنت عن ابنين وبنت وجدة ثم ماتت الجدة عن
زوج واخوين فالمسألة الاولى وهي مسألة المرأة ردية تصح من ستة عشر للزوج
اربعة وللبنت تسعة وللام ثلاثة والمسألة الثانية وهي مسألة الزوج
تصح من اربعة فتستقيم ما في يده عليها فلا حاجة الى الضرب والمسألة الثالثة
مسألة البنت تصح من ستة ونصيبها من الاول تسعة لا تنقسم على مسألتها
وتوافق بالثلث فاضرب ثلث مسألتها وهو اثنان في ستة عشر تبلغ اثنين
وثلاثين فمنها تصح الفريضتان فمن كان له من ستة عشر شيء فمضروب في اثنين
ومن كان له من ستة شيء فمضروب في وفق ما في يدها وهو ثلاثة والمسألة الرابعة
مسألة الجدة تصح من اربعة وسهامها تسعة من اثنين وثلاثين اجتمع لها
من نصيبها ستة ومن بنت بنتها ثلاثة وتسعة لا تنقسم على اربعة ولا توافق
فاضرب اربعة في اثنين وثلاثين تبلغ مائة وثمانية وعشرين فمنها تصح المسائل
كلها فمن كان له شيء من اثنين وثلاثين مضروب في اربعة ومن كان له شيء
من اربعة مضروب في ما في يدها وهو تسعة ولو تركت زوجة وابنا
وبنتا واما ثم مات الابن قبل القسمة وخلف ابنتين وزوجة وجدا
وجدة ثم ماتت الجدة عن بنتي ابن ابن وهما البنتان في الثانية وزوجا
وهو الجد في الثانية واخا لاب فالمسألة الاولى تصح من اثنين وسبعين
للام اثنا عشر وللزوجة تسعة وللبنت سبعة عشر وللابن اربعة
وثلاثون والمسألة الثانية وهي مسألة الابن تصح من سبعة وعشرين
للبنتين ستة عشر وللزوجة ثلاثة ولكل واحد من الجد والجدة اربعة
وفي يده اربعة وثلاثون لا تنقسم على فريضته ولا توافق فاضرب فريضة
الثاني وهي سبعة وعشرون في الاولى وهي اثنان وسبعون تبلغ الفا وتسعمائة
واربعة واربعين فللبنت سبعة عشر من الاولى مضروبة في جميع الثانية

وهو سبعة وعشرون تبلغ اربعماية وتسعة وخمسين وللام من الاولى اثنى عشر مضروبة
في سبعة وعشرين تبلغ ثلثماية واربعة وعشرين وللزوجة الاولى تسعة مضروبة
في سبعة وعشرين تبلغ مايتين وثلاثة واربعين وللبنتين في الثانية ستة عشر
مضروبة فيما في يد الميت الثاني وهو اربعة وثلاثون تبلغ خمسماية واربعة
واربعين وللزوجة ثلاثة مضروبة في اربعة وثلاثين وهو ما في يد الميت
الثاني تبلغ ماية واثنين ولكل واحد من الجد والجدة اربع مضروبة في اربعة
وثلاثين تبلغ ماية وستة وثلاثين والمسئلة الثالثة وهي مسئلة الجد تصح
من اثنى عشر وفي يدها ماية وستة وثلاثون وهو لا ينقسم على فريضتها ويوافقه
بالربع فاضرب ربع فريضتها وهو ثلاثة في الاولى وهي الف وثمانماية واربعة
واربعون تبلغ خمسة الاف وثمانماية واثنين وثلاثين فمنها تصح الفريضتان
ثم من له شي من الاولى يضرب في وفق الثانية وهي ثلاثة ومن له شي من الثالثة
يضرب في وفق ما في يدها وهو اربعة وثلاثون فللبنت الاولى من الاولى اربع
ماية وتسعة وخمسون مضروبة في ثلاثة تبلغ الفا وثلثماية وسبعا وسبعين
وللام الاولى من الاولى ثلثماية واربعة وعشرون مضروبة في ثلاثة تبلغ تسعماية
واثنين وسبعين وللزوجة الاولى من الاولى مايتان وثلاثة واربعون في
ثلاثة تبلغ سبعماية وتسعة وعشرين وللبنتين الثاني من الاولى خمسماية واربع
واربعون مضروبة في ثلاثة تبلغ الفا وستماية واثنين وثلاثين لكل واحدة
ثمان ماية وستة عشر ولزوجة الثاني من الاولى ماية واثنان مضروبة في ثلاثة
تبلغ الفا وستماية واثنين وثلاثين لكل واحدة ثمان ماية وستة عشر ولزوجة
الثاني من الاولى ماية واثنان مضروبة في ثلاثة تبلغ ثلثماية وستة وللجد
الاول ماية وستة وثلاثون مضروبة في ثلاثة تبلغ اربع ماية وثمانية وللبنتي
ابن ابي الجد من فريضة الجد وهي الاخت ثمانية مضروبة في وفق ما في يد
الجد وهو اربع وثلاثون تبلغ مايتين واثنين وسبعين ولزوج الجدة من
فريضتها ثلاثة مضروبة في وفق ما في يدها وهو اربعة وثلاثون تبلغ ماية
واثنين وهو الذي كان في الثانية جدا ولاخي الجد سهم من فريضتها
مضروب في وفق ما في يدها تبلغ اربعة وثلاثين   ويعرف حظ
كل فريق من التصحيح بضرب ما لكل من اصل المسئلة فيما ضربته في اصل المسئلة
اي يعرف نصيب كل فريق من التصحيح بضرب نصيب كل فريق من اصل المسئلة
في مبلغ الرؤس وهو المضروب في الفريضة فما بلغ فهو نصيب ذلك الفريق
وقد بيناه من قبل في موضعه   وحظ كل فرد بنسبة سهام كل فريق من
اصل المسئلة الى عدد رؤسهم مفردا ثم يعطى بمثل تلك النسبة من المضروب

لكل

لكل فرد اي يعرف نصيب كل واحد من افراد الفريق بان ينسب سهام جميع الفريق
من اصل المسئلة الى عدد رؤس ذلك الفريق فما وجد نسبته اعطي لكل واحد من
احاد ذلك الفريق بمثل تلك النسبة من المضروب فيخرج نصيب كل واحد منهم
ومعنى قوله مفردا ان ينسب الى فريق واحد من غير ضم فريق اخر عند النسبة
وهذه المسئلة والتي قبلها موضعها باب التصحيح وقد ذكرناهما هناك طرفا
اخر فلا نعيدها   وان اردت قسمة التركة بين الورثة او الغرما
فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في التركة ثم اقسم المبلغ على التصحيح وكذا
الدين بان تضرب دين كل غريم في التركة وتقسم الخارج على مجموع الدين
وهذا اذا لم يكن بين التركة والتصحيح ولا بين التركة ومجموع الدين
موافقة وان كان بينهما موافقة فاضرب سهام كل واحد من الورثة ودين
كل غريم في وفق التركة ثم ما بلغ فاقسمه على وفق التصحيح او على وفق مجموع
الدين فما خرج من القسمة فهو نصيب ذلك الوارث او الداين لانه يجعل دين
كل غريم بمنزلة سهام كل وارث ومجموع الدين بمنزلة التصحيح وهذا مبني على
قاعدة ممهدة في الحساب وهي انه متى اجتمع اربعة اعداد متناسبة وكان
نسبة الاول الى الثاني كنسبة الثالث الى الرابع وعلم من تلك الاعداد

ثلاثة وجهل واحد امكن استخراج المجهول من المعلوم وفيما نحن فيه اجتمع
اربعة اعداد متناسبة اولها سهام كل وارث من التصحيح وثانيها التصحيح
وثالثها الحاصل لكل وارث من التركة ورابعها جميع التركة لان نسبة
السهام الى التصحيح كنسبة الحاصل له من التركة الى جميع التركة والثالث
مجهول والباقي معلوم فاذا ضربت الطرف في الطرف كما اذا ضربنا الثاني
في الثالث فلذلك اذا قسمت المبلغ على الثاني خرج الثالث ضرورة
ان كل عدد اذا تركب من ضرب عدد في عدد اذا قسم على احد العددين

خرج الاخر كخمسة عشر مثلا لما تركبت من ضرب ثلاثة في خمسة اذا قسمتها
على ثلاثة خرج خمسة واذا قسمتها على خمسة خرج ثلاثة وهذه القاعدة
هي الاصل في معرفة نصيب كل واحد من احاد الفريق فانه اجتمع هناك
ايضا اربعة اعداد متناسبة نصيب الفريق من اصل المسئلة وعدد
الفريق والحاصل لكل واحد من احاد الفريق من التصحيح ومبلغ الرؤس
فنسبة نصيب الفريق من اصل المسئلة الى عددهم كنسبة الحاصل من التصحيح
لكل واحد الى مبلغ الرؤس وهو المضروب في اصل المسئلة والثالث مجهول
والباقي معلوم ويستخرج المجهول في مثل هذا بالطرق المذكورة في التصحيح
وكذا العمل في قضاء الدين اذا كانت التركة لا تفي به فدين كل غريم بمنزلة

سهام كل وارث ومجموع الدين بمنزلة التصحيح فتطلب الموافقة بين مجموع
الدين وبين التركة ثم العمل فيه على ما بينا   ومن صالح من الورثة
على شيء فاجعله كأن لم يكن واقسم على سهام من بقي ما بقي لأن المصالح
لما ترك شيئا أعطوه جعل مستوفيا نصيبه وخرج من البين فيبقى الباقي مقسوما
على سهامهم وقوله فاجعله كأن لم يكن فيه نظر لأنه قبض بدل نصيبه
فكيف يمكن جعله كأن لم يكن بل يجعل كأنه استوفى نصيبه ولم يستوف
الباقون أنصباءهم ألا ترى أن المرأة إذا ماتت وخلفت زوجا وأما وعما
وصالح الزوج على ما في ذمته من المهر يقسم الباقي من التركة بين الأم والعم



أثلاثا للأم سهمان وسهم للعم ولو جعل الزوج كأن لم يكن لكان للأم سهم
من الثلث بعد خروج الزوج من البين وللعم سهمان لأنه الباقي بعد الفروض
ولكنا نأخذ ثلث الكل وهو سهمان من ستة وللزوج النصف ثلاثة
وقد استوفاه بأخذ بدله فبقي السدس وهو سهم للعم وكذا لو ماتت المرأة
وخلفت ثلاث أخوات متفرقات وزوجا فصالحت الأخت لأب وأم وخرجت
من البين كان الباقي بينهم أخماسا ثلاثة للزوج وسهم للأخت لأب وسهم
للأخت لأم على ما كان لهم من غاية لأن أصلها من ستة وتعول إلى ثمانية
فإذا استوفت الأخت نصفها وهو ثلاثة بقي خمسة ولو جعلت كأنها لم يكن
لكانت من ستة وبقي سهم للعصبة والله تعالى أعلم وأحكم تم الكتاب والحمد لله
الذي جل عن صفات مبدعاته وعلا عن نعوت مخلوقاته وتفضل علينا
بمعرفة توحيده وصلى الله على من اصطفاه للهداة دليلا وجعله للمؤمنين
ظهيرا وسبيلا محمد عقل الأمة وعنصر الأئمة وعلى آله وصحبه وسلم إلى يوم
يبعثون تم هذا الكتاب بحمد الله وعونه وحسن توفيقه مما عني بجمعه الشيخ
الإمام العالم العلامة شيخ شيوخ الإسلام وفريد دهره ووحيد عصره فخر الدين
أبو عمرو عثمان الحنفي الشهير بالزيلعي اللهم أسبل عليه أذيال الرحمة وأهطل عليه
سحائب الحكمة وأسبغ عليه سوابغ النعمة فإنه استخرج العلوم من أكمامها
ورتبها على أحسن نظامها حتى إنها وقعت من العلم محضا ولم تبق في فصولها
عوجا ولا نقصا فتهذبت بها أسماع العلوم واكتست منها معاني وفنون
في مشارعه بآداب العلماء متخلقة بأخلاق الحكماء قد صاحبت الحكماء فاكتسبت
منهم القبول ووافقتهم على علم الفروع والأصول فرحمه الله رحمة واسعة



وغفر له ولوالديه ولكاتبه وللمسلمين اللهم صل على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم
على يد أفقر العباد إلى الكريم الجواد منصور بن سليم بن حسن الدمناوي الأزهري
في يوم الأحد بالجامع الأزهر ثاني عشرين شهر ربيع الأول من شهور سنة أربع وخمسين وألف

